

Mirjam Baldegger

Das Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten

Eine Analyse am Beispiel des Rechtsschutzes für
ausgebeutetes Hauspersonal von Diplomaten, Botschaften
und ständigen Missionen im Gaststaat Schweiz

Helbing Lichtenhahn Verlag
Nomos Verlag

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Die Fakultät hat die Arbeit am 22. Mai 2014 auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. Dr. Walter Kälin und Prof. Dr. Jörg Künzli, als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind
im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Originaldokument gespeichert auf dem Webserver der Universitätsbibliothek Bern



Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle
Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz
anzusehen, gehen Sie bitte zu <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/>.

© 2015 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

ISBN 978-3-7190-3610-2 (Helbing)

ISBN 978-3-8487-1980-8 (Nomos)

www.helbing.ch

Urheberrechtlicher Hinweis

Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons
Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz.
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/>

Sie dürfen:



dieses Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen

Zu den folgenden Bedingungen:



Namensnennung. Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers in der von ihm festgelegten Weise nennen (wodurch aber nicht der Eindruck entstehen darf, Sie oder die Nutzung des Werkes durch Sie würden entlohnt).



Keine kommerzielle Nutzung. Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden.



Keine Bearbeitung. Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt, mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/legalcode.de>

Für Jürgen

Dank

Mein grosses Dankeschön für Unterstützung verschiedenster Art geht an:

*Walter Kälin (Erstgutachter) und Jörg Künzli (Zweitgutachter),
Professoren an der Universität Bern,*

Martine Brunschwig Graf, Bureau de l'Amiable Compositeur, Genf,

Lucie von Büren, Dr. iur.,

Luis Cid, Syndicat sans frontières, Genf,

Hazel Fox, CMG QC, London,

Gerhard Hafner, Prof. em., Universität Wien,

Institut für öffentliches Recht, Universität Bern,

Christoph Jenni, Dr. iur.,

Markus Kern, Dr. iur., LL.M.,

*Caroline Kraege, EDA, Leiterin Sektion diplomatisches
und konsularisches Recht,*

*Flavia von Meiss, Dr. iur., EDA, Sektion diplomatisches
und konsularisches Recht,*

Jürgen Strauss,

Kaspar Sutter, Dr. iur., LL.M.,

Paul Widmer, Dr. phil., alt Botschafter,

*Anna Aebischer, Michelle Ammann, Yvonne Hediger, Jan Holzheu, Patrik Meier
und Eva Schwegler, die mir halfen Rechtschreibfehler aufzuspüren sowie*

*die Richterinnen und Richter der verwaltungsrechtlichen Abteilung
des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern für grosszügig gewährten Freiraum
bei der Arbeitszeitgestaltung.*

Bern, im Mai 2014

Mirjam Baldegger

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitende Bemerkungen	1
1. Teil Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten: Problemstellung und Rechtsrahmen	7
§ 1 Problemaufriss	7
§ 2 Völkerrechtliche Qualifikation des Hauspersonals	9
§ 3 Ausbeutung von Hauspersonal	13
§ 4 Materieller Rechtsrahmen der Tätigkeit als Hausangestellte an Missionen und bei Diplomaten im Gaststaat Schweiz	20
§ 5 Zusammenfassung: Problemstellung und Rechtsrahmen der Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten	26
2. Teil Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen im Gaststaat Schweiz	29
§ 6 Einführende Bemerkungen zur Staatenimmunität	29
§ 7 Völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	43
§ 8 Europäische Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	55
§ 9 UNO-Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	66
	IX

§ 10	Fazit zur Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	94
3. Teil	Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat	99
§ 11	Einleitende Bemerkungen zum WÜD und zu den Immunitäten . .	99
§ 12	Reichweite der diplomatischen Immunität und der Vorrechte . . .	103
§ 13	Vorrechte und Immunitäten und gerichtlicher Rechtsschutz des Hauspersonals	121
§ 14	Polizeiliche Gefahrenabwehr und Reaktion des Gaststaats auf Rechtsbrüche des Entsendelands und seiner Diplomaten . . .	127
§ 15	Fazit zur Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals im Gaststaat	136
§ 16	Gesamtfazit: Wirkung von Staatenimmunität und diplomatischem Recht auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat Schweiz	141
4. Teil	Internationale Praxis zum Verhältnis völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte	145
§ 17	Völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte als Spannungsverhältnis	145
§ 18	Praxis des Internationalen Gerichtshofs zu den völkerrechtlichen Immunitäten	169
§ 19	Praxis von EGMR und Menschenrechtsausschuss zur Immunität von Staaten und Diplomaten	180
§ 20	Würdigung der internationalen Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte	203
§ 21	Fazit: Notwendigkeit eines echten Ausgleichs zwischen Immunitäten und Menschenrechten	217

5. Teil	Zum Ausgleich zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten am Beispiel ausgebeuteter Hausangestellter	221
§ 22	Menschenrechtliche Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen als erster Ausgleichsansatz	225
§ 23	Menschenrechtskonforme Auslegung als zweiter Ausgleichsansatz	260
§ 24	Vorrang der Menschenrechte als dritter Ausgleichsansatz	276
§ 25	Zusammenfassende Würdigung möglicher Ausgleichsansätze . . .	288
§ 26	Staatenimmunität und diplomatisches Recht als Rechtfertigung für Menschenrechtseingriffe gegenüber Hauspersonal? Lösungsvorschlag	293
	Schlussbetrachtung	303
	Stichwortverzeichnis	311

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitende Bemerkungen	1
1. Teil Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten: Problemstellung und Rechtsrahmen	7
§ 1 Problemaufriss	7
§ 2 Völkerrechtliche Qualifikation des Hauspersonals	9
I. Dienstliches Hauspersonal	9
II. Privates Hauspersonal	10
III. Rechtliche Relevanz der Unterscheidung	10
§ 3 Ausbeutung von Hauspersonal	13
I. Zum Begriff der Ausbeutung	13
II. Eigenheiten der Hausangestelltentätigkeit	13
III. Formen der Ausbeutung	15
IV. Urheber der Rechtsverstösse gegenüber Hauspersonal	18
§ 4 Materieller Rechtsrahmen der Tätigkeit als Hausangestellte an Missionen und bei Diplomaten im Gaststaat Schweiz	20
I. Einführende Bemerkungen	20
II. Massgebliches materielles Recht	20
III. Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtswahl	23
§ 5 Zusammenfassung: Problemstellung und Rechtsrahmen der Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten	26

2. Teil	Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen im Gaststaat Schweiz	29
§ 6	Einführende Bemerkungen zur Staatenimmunität	29
I.	Inhalt der Staatenimmunität und Abgrenzungen	29
II.	Begründung und Zweck	32
III.	Rechtsgrundlagen und Wirkung	34
IV.	Staatliches Handeln: Zurechnungskriterien	37
§ 7	Völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	43
I.	Gerichtsbarkeitsimmunität	43
1.	Allgemeine Bemerkungen	43
2.	Geltung der Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem Missionspersonal	44
3.	<i>Acta iure imperii</i> und <i>gestionis</i> : Unterscheidungskriterien bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Missionspersonal	45
4.	Binnenbeziehung als Zusatzerfordernis	49
5.	Staatenimmunität und Strafverfahren	50
6.	Zusammenfassung zivilrechtliche Gerichtsbarkeitsimmunität	51
II.	Vollstreckungsimmunität	51
III.	Fazit: Wirkung der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen	53
§ 8	Europäische Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	55
I.	Allgemeine Bemerkungen zum ECSI	55
II.	Staatenimmunität nach dem generellen Regime	57
1.	Art. 5 ECSI: Arbeitsvertrag	57
2.	Art. 11 ECSI: Personen- und Sachschäden	61
III.	Staatenimmunität nach dem ECSI-Fakultativregime	61
IV.	Fazit: Auswirkungen des ECSI auf den Zivilrechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen	63
V.	Keine Anwendung des ECSI auf Strafverfahren	64

§ 9	UNO-Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	66
	I. Das UNCSI im Überblick	66
	II. Vollstreckungsimmunität im UNCSI	68
	III. Art. 11 UNCSI: Arbeitsverträge	70
	1. Wortlaut und Anwendungsbereich	71
	2. Art. 11 UNCSI: Keine Immunität als Grundsatz (Abs. 1) und Ausnahmen (Abs. 2)	76
	3. Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI	77
	4. Art. 11 Abs. 2 lit. b UNCSI	78
	5. Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI	80
	6. Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI	81
	7. Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI	82
	8. Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI	85
	IV. Art. 12 UNCSI: Personen- und Sachschäden	86
	V. Fazit: Wirkung des UNCSI auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen	90
	1. Wirkung von Art. 11 UNCSI	90
	2. Wirkung von Art. 12 UNCSI	91
	3. Gesamtwirkung des UNCSI auf den Rechtsschutz des Hauspersonals	91
	4. Generelle Würdigung des UNCSI	92
§ 10	Fazit zur Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen	94
	I. Rechtsschutz im Entsendestaat	94
	II. Gerichtsbarkeitsimmunität nach Gewohnheitsrecht, UNCSI sowie ECSI und Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals	94
	III. Vollstreckungsimmunität nach Gewohnheitsrecht, UNCSI sowie ECSI und Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals	96
	IV. Abschliessende Würdigung	96
3. Teil	Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat	99
§ 11	Einleitende Bemerkungen zum WÜD und zu den Immunitäten	99

§ 12	Reichweite der diplomatischen Immunität und der Vorrechte	103
I.	Unverletzlichkeit der Mission	103
II.	Immunität und Unverletzlichkeit des Missionspersonals während des Diensts im Gaststaat	104
1.	Diplomatisches Personal und Familien	104
2.	Administratives und technisches Personal sowie Familien	105
III.	Immunität des Missionspersonals nach Dienstende im Gaststaat	106
1.	Immunität <i>ratione materiae</i> für Diensthandlungen	106
2.	Unklare Reichweite des Begriffs «Diensthandlung»	107
3.	«Diensthandlung» nach Art. 39 Abs. 2 WÜD: Begriffsbestimmung	111
IV.	Ausbeutung von Hauspersonal als private oder dienstliche Handlung?	116
1.	Ausbeutung des Hauspersonals von Diplomatinen	117
2.	Ausbeutung des Hauspersonals der Mission	118
§ 13	Vorrechte und Immunitäten und gerichtlicher Rechtsschutz des Hauspersonals	121
I.	Gerichtlicher Rechtsschutz im Entsendestaat	121
II.	Gerichtlicher Rechtsschutz im Gaststaat während des Diensts der Diplomaten	121
1.	Strafrechtsschutz	121
2.	Zivilrechtsschutz	122
III.	Gerichtlicher Rechtsschutz im Gaststaat nach Dienstende der Diplomaten	124
IV.	Beweisprobleme und Vollstreckung	125
§ 14	Polizeiliche Gefahrenabwehr und Reaktion des Gaststaats auf Rechtsbrüche des Entsendelands und seiner Diplomaten	127
I.	Präventive Gefahrenabwehr gegen Diplomaten und weitere geschützte Personen	127
II.	Polizeiliche Gefahrenabwehr in der Mission und der Residenz	128
III.	Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals	131
1.	Reaktionsmöglichkeiten gemäss dem WÜD	131
2.	Völkerrechtlich ausgeschlossene Reaktionen	132

3. Das WÜD als <i>Self-contained</i> -Regime?	133
4. Zulässige Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals	134
§ 15 Fazit zur Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals im Gaststaat	136
I. Rechtsschutz gegen Diplomatinen und ihre Angehörigen	136
II. Rechtsschutz gegen administratives und technisches Personal	137
III. Rechtsschutz gegen die Kanzleichefin mit konsularischem Status	138
IV. Beweis- und Vollstreckungsprobleme	138
V. Wirkung des diplomatischen Rechts auf die polizeiliche Gefahrenabwehr	139
VI. Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten	139
VII. Diplomatische Immunität als Synonym für Rechtsschutzlosigkeit	140
§ 16 Gesamtfazit: Wirkung von Staatenimmunität und diplomatischem Recht auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat Schweiz	141
I. Auswirkungen der Gerichtsbarkeitsimmunität	141
II. Auswirkungen der Vollstreckungsimmunität	143
III. Beweisrechtliche Probleme	143
IV. Auswirkungen auf die polizeiliche Gefahrenabwehr	143
V. Schlussfazit	144
4. Teil Internationale Praxis zum Verhältnis völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte	145
§ 17 Völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte als Spannungsverhältnis	145
I. Einführende Bemerkungen	145
II. Zur Geltung und Funktionsweise der Menschenrechte	146
1. Menschenrechte als staatliche Pflichten	146
2. Bei der Ausbeutung von Hauspersonal berührte Menschenrechte	146
3. Verpflichtungsebenen und Gehalt einzelner Menschenrechte	147

4. Das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde im Besonderen	150
5. Wem gegenüber kann ein Staat Menschenrechte verletzen? Jurisdiktion als Kriterium	153
III. Menschenrechtspflichten des Gaststaats Schweiz gegenüber dem Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten	158
IV. Menschenrechtspflichten des Entsendelands gegenüber dem Hauspersonal seiner Mission und Diplomaten	163
1. Verantwortlichkeit des Entsendestaats für Rechtsverstöße gegenüber dem Hauspersonal seiner Mission und seiner Diplomaten	163
2. Bindung des Entsendestaats an die im Gaststaat (Schweiz) geltenden Menschenrechte?	165
V. Fazit: Staatenimmunität, diplomatisches Recht und Menschenrechte als Spannungsverhältnis	167
§ 18 Praxis des Internationalen Gerichtshofs zu den völkerrechtlichen Immunitäten	169
I. Das Urteil Deutschland gegen Italien zur Staatenimmunität (2012)	169
1. Faktenbasis und Prozessgeschichte	169
2. Mehrheitsmeinung	170
3. Hinweis auf <i>dissenting</i> und <i>separate opinions</i>	173
II. Das Urteil Kongo gegen Belgien bezüglich des Haftbefehls vom 11. April 2000 (2002)	176
III. Zusammenfassung der IGH-Praxis	178
§ 19 Praxis von EGMR und Menschenrechtsausschuss zur Immunität von Staaten und Diplomaten	180
I. EGMR-Praxis zur Immunität von Staaten und Diplomaten	180
1. Staatenimmunität und Recht auf Zugang zu einem Gericht	180
2. Staatenimmunität und Eingriffe in weitere EMRK-Rechte	187
3. Staatenimmunität und <i>Ius-cogens</i> -Garantien	188
4. Diplomatische Immunität in der EGMR-Praxis	191
II. Praxis der UNO-Vertragsüberwachungsorgane zur Immunität von Staaten und Diplomaten	192
1. Einleitung	192
2. Menschenrechtsausschuss: Sechremelis gegen Griechenland (2010)	193

3. Weitere Aussagen des Menschenrechtsausschusses zur Immunität	195
4. Haltung der übrigen Vertragsausschüsse zu den Immunitäten . .	196
III. Lehrmeinungen zur Praxis von IGH und Menschenrechtsorganen . .	196
1. Lehrmeinungen zur Praxis des IGH	196
2. Lehrmeinungen zur Praxis der Menschenrechtsorgane	198
IV. Zusammenfassung der Praxis von EGMR und Menschenrechtsausschuss zur Immunität von Staaten und Diplomaten	201
§ 20 Würdigung der internationalen Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte	203
I. Wirkung der internationalen Praxis auf Hauspersonal und Gaststaaten	203
1. Wirkung auf das Hauspersonal von Missionen und Diplomaten	203
2. Wirkung auf den Gaststaat	204
II. Bewertung der internationalen Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte	205
1. Schwächen der Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte	205
2. Konfliktvermeidung als Kennzeichen der gegenwärtigen Praxis	207
III. Umstrittene Rolle der Gerichte bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts	213
§ 21 Fazit: Notwendigkeit eines echten Ausgleichs zwischen Immunitäten und Menschenrechten	217
5. Teil Zum Ausgleich zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten am Beispiel ausgebeuteter Hausangestellter	221
§ 22 Menschenrechtliche Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen als erster Ausgleichsansatz	225
I. Einleitende Bemerkungen	225
II. Reaktive alternative Massnahmen	227
1. Ersuchen um einen Immunitätsverzicht	228
2. Erklärung zur <i>persona non grata</i>	229
3. Anderweitige politische und diplomatische Demarchen	230

4. Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen Hauspersonal und Diplomateninnen	232
5. Entschädigung des Hauspersonals durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft	235
6. Vorschriften zu Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter	243
III. Präventive Massnahmen gegen Ausbeutung	244
1. Die Verordnung über private Hausangestellte (PHV) als Beispiel eines nationalen Erlasses gegen Ausbeutung	246
2. Gesetzgebung gegen Ausbeutung: Allgemeine Bemerkungen	252
3. Internationale Vorschriften gegen Ausbeutung von Hauspersonal	254
4. Weitere präventive Massnahmen gegen Ausbeutung	256
IV. Zusammenfassendes Fazit: Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen	256
§ 23 Menschenrechtskonforme Auslegung als zweiter Ausgleichsansatz	260
I. Einleitung zur menschenrechtskonformen Auslegung der Immunitäten und anderer Völkerrechtsnormen	260
II. Restriktive Auslegung der Immunitäten und des Prinzips der Unverletzlichkeit	261
1. Enge Auslegung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität	261
2. Enge Auslegung der staatlichen Vollstreckungsimmunität und der diplomatischen Immunität?	262
3. Fazit: Menschenrechtskonforme Auslegung der Immunitäten und des diplomatischen Rechts	265
III. Beweisrechtliche Aspekte der restriktiven Auslegung des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität	265
1. Beweisprobleme des Hauspersonals aufgrund des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität	265
2. Beweisrecht im Erkenntnisverfahren: Missbräuchliche Kündigung	267
3. Beweisrecht im Vollstreckungsverfahren: Botschaftskonten	268
4. Würdigung der aktuellen Rechtslage	269
IV. Menschenrechtskonforme Auslegung weiterer Völkerrechtsnormen	272
1. Enge Auslegung der Organisationshoheit des Entsendestaats bezüglich des Hauspersonals der Missionschefin	272

2. Hinweis auf die Bedeutung einer weiten Interpretation bestimmter Normen	273
V. Zusammenfassendes Fazit: Menschenrechtskonforme Auslegung als Ausgleichsansatz	274
§ 24 Vorrang der Menschenrechte als dritter Ausgleichsansatz	276
I. Keine Staatenimmunität bei <i>Ius-cogens</i> -Verstößen?	277
II. Keine diplomatische Immunität <i>ratione personae</i> bei <i>Ius-cogens</i> -Verstößen?	281
III. Keine diplomatische Immunität <i>ratione materiae</i> nach Dienstende bei <i>Ius-cogens</i> -Verstößen?	282
1. <i>De lege lata</i> : Keine strafrechtliche Immunität <i>ratione materiae</i> für ehemalige Staatsoberhäupter und gewöhnliche Staatsbedienstete bei schwersten Menschenrechtsverletzungen	283
2. <i>De lege ferenda</i> : Keine diplomatische Immunität <i>ratione materiae</i> von Straf- und Zivilverfahren bei <i>Ius-cogens</i> -Verstößen	284
3. Relevanz einer Ausnahme von der diplomatischen Immunität <i>ratione materiae</i> bei <i>Ius-cogens</i> -Verstößen für das Hauspersonal	286
IV. Fazit: Vorrang der Menschenrechte als Ausgleichsansatz	286
§ 25 Zusammenfassende Würdigung möglicher Ausgleichsansätze	288
I. Drei mögliche Ausgleichsansätze	288
II. Erster Ausgleichsansatz: Pflicht des Gerichtsstaats zum Ergreifen alternativer Massnahmen	288
III. Zweiter Ausgleichsansatz: Menschenrechtskonforme Auslegung	289
IV. Dritter Ausgleichsansatz: Punktueller Vorrang der Menschenrechte	290
V. Notwendigkeit einer Kombination der Ausgleichsansätze und einer differenzierten Interessenabwägung	291
§ 26 Staatenimmunität und diplomatisches Recht als Rechtfertigung für Menschenrechtseingriffe gegenüber Hauspersonal? Lösungsvorschlag	293
I. Fehlender alternativer Rechtsschutz als Voraussetzung für die Pflicht zum Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen	294

II. Vom Gaststaat zu ergreifende Ausgleichsmassnahmen bei fehlendem alternativem Rechtsschutz	296
1. Kriterien für die Bestimmung der vom Gaststaat zu treffenden Ausgleichsmassnahmen	296
2. Konkret erforderliche Ausgleichsmassnahmen des Gaststaats: Leitlinien	297
3. Notwendige Kombination verschiedener Ausgleichsmassnahmen	299
4. Zusammenfassendes allgemeines Fazit	301
5. Beurteilung des Verhaltens des Gaststaats Schweiz	302
Schlussbetrachtung	303
Stichwortverzeichnis	311

Literaturverzeichnis

- AKANDE DAPO/SHAH SANGEETA, Immunities of *State Officials*, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, in EJIL 2010, S. 815–852.
- ALEBEEK ROSANNE VAN, *Domestic Courts* as Agents of Development of International Immunity Rules, in LJIL 2013, S. 559–578.
- ALEBEEK ROSANNE VAN, Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy*): On Right Outcomes and Wrong Terms, in GYIL 2012, S. 281–317.
- ALEBEEK ROSANNE VAN, *National Courts*, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials, in NILR 2012, S. 5–41.
- APPELBAUM CHRISTIAN, Einschränkungen der *Staatenimmunität* in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Klagen von Bürgern gegen einen fremden Staat oder ausländische staatliche Funktionsträger vor nationalen Gerichten, Berlin 2006.
- BRÖHMER JÜRGEN, *State Immunity* and the Violation of Human Rights, The Hague etc. 1997.
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich etc. 2011. (zit. als ZPO-Kommentar)
- BUNDESRAT, Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des UNO-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 25.2.2009, in BBl 2009 1721. (zit. als Botschaft UNCSI)
- BUNDESRAT, Botschaft betreffend das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität und das Zusatzprotokoll zu diesem Übereinkommen vom 27.5.1981, in BBl 1981 II 977. (zit. als Botschaft ECSI)
- CAHIER PHILIPPE, *Le droit diplomatique* contemporain, 2. Aufl., Genf 1964.
- CANDRIAN JÉRÔME, *L'immunité des états* face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels, Zürich etc. 2005.
- CONDORELLI LUIGI/KRESS CLAUS, The Rules of *Attribution*: General Considerations, in Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 221–236.
- COUNCIL OF EUROPE, European Convention on State Immunity, Explanatory Report. (zit. als ECSI, Explanatory Report; einsehbar auf www.conventions.coe.int/, Rubriken: Treaties of the Council of Europe/Full List/074 European Convention on State Immunity; zuletzt besucht am 31.3.2014)

- COUNCIL OF EUROPE/HAFNER GERHARD/KOHEN MARCELO G. et al. (Hrsg.), *State Practice* regarding State Immunity/La pratique des états concernant les immunités des états, Leiden etc. 2006.
- CRAWFORD JAMES/PELLET ALAIN/OLLESON SIMON (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, Oxford etc. 2010.
- DAMIAN HELMUT, *Staatenimmunität und Gerichtszwang*, Grundlagen und Grenzen der völkerrechtlichen Freiheit fremder Staaten von inländischer Gerichtsbarkeit in Verfahren der Zwangsvollstreckung oder Anspruchssicherung, Heidelberg etc. 1985.
- DE WET ERIKA/VIDMAR JURE (Hrsg.), *Hierarchy* in International Law, The Place of Human Rights, Oxford 2012.
- DE WET ERIKA/VIDMAR JURE, *Conclusions*, in De Wet/Vidmar, *Hierarchy*, S. 300–309.
- DENZA EILEEN, *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3. Aufl., Oxford etc. 2008.
- DOMINICÉ CHRISTIAN, *Représailles et droit diplomatique*, in Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 541–552.
- DRÖGE CORDULA, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin etc. 2003.
- EVANS MALCOLM D. (Hrsg.), *International Law*, 4. Aufl., Oxford 2014.
- FOAKES JOANNE/O’KEEFE ROGER, *Art. 11*, in O’Keefe/Tams, *Commentary*.
- FOAKES JOANNE/O’KEEFE ROGER, *Art. 12*, in O’Keefe/Tams, *Commentary*.
- FOX HAZEL, *Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune?*, in BYIL 1995, S. 97–176.
- FOX HAZEL/WEBB PHILIPPA, *The Law of State Immunity*, 3. Aufl., Oxford 2013.
- GLOOR WERNER, *Employer States and Sovereign Immunity: Cases and Materials*, Geneva 1999.
- GMÜR EDWIN A., *Gerichtsbarkeit über fremde Staaten*, Zürich 1948.
- GOMM PETER/ZEHNTNER DOMINIK (Hrsg.), *Kommentar zum Opferhilfegesetz vom 23. März 2007*, 3. Aufl., Bern 2009. (zit. als OHG-Kommentar)
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Ein Studienbuch, 5. Aufl., München etc. 2012. (zit. als EMRK)

- HAFNER GERHARD, Das *Übereinkommen* der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit, in ZÖR 2006, S. 381–395.
- HAFNER GERHARD/LANGE LEONORE, La *convention* des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des états et de leurs biens, in AFDI 2004, S. 45–76.
- HERDEGEN MATTHIAS, The Abuse of *Diplomatic Privileges* and Counter-measures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Some Observations in the Light of Recent British Experience, in ZaöRV 1986, S. 734–757.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011. (zit. als Basler Kommentar, OR I)
- ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 13 April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682. (zit. als Fragmentierungsbericht)
- ILC, Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, in GA, Report of the International Law Commission, Fifty-eighth Session, 1 May–9 June and 3 July–11 August 2006, UN Doc. A/61/10 (Supp.), S. 407–423. (zit. als Schlussfolgerungen Fragmentierungsbericht)
- ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, in GA, Report of the International Law Commission, Fifty-third Session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10 (Supp.), S. 43–365. (zit. als Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung)
- ILC, Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with Commentaries 1991, in GA, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-third Session, 29 April–19 July 1991, UN Doc. A/46/10 (Supp.), S. 11–151. (zit. als Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung)
- ILO, *Domestic Workers* across the World: Global and Regional Statistics and the Extent of Legal Protection, Genf 2013. (einsehbar auf www.ilo.org, Rubriken: Publications/books and reports/January 2013; zuletzt besucht am 6.5.14)
- IPSEN KNUT, *Völkerrecht*, 6. Aufl., München 2014.
- JANKOWSKA-GILBERG MAGDALENA, *Extraterritorialität* der Menschenrechte, Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art. 1 EMRK, Regensburg 2007.

- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Basel 2013.
- KARCZEWSKI CHRISTOPH, Das Europäische *Übereinkommen* über Staatenimmunität vom 16.5.1972, in *RabelsZ* 1990, S. 533–550.
- KARTUSCH ANGELIKA, *Domestic Workers* in Diplomats' Households, Rights Violations and Access to Justice in the Context of Diplomatic Immunity, Berlin 2011. (erhältlich beim Deutschen Institut für Menschenrechte auf www.institut-fuer-menschenrechte.de/, Rubrik: Publikationen; zuletzt besucht am 30.3.2014)
- KLOTH MATTHIAS, *Immunities* and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Leiden etc. 2010.
- KÖHLER ULRIKE, *State Immunity* regarding Employment Contracts, in Council of Europe/Hafner/Kohen, *State Practice*, S. 69–96.
- KÖHLER ULRIKE, *Contracts of Employment* under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in *ARIEL* 2004, S. 191–215.
- KOLB ROBERT, *Chronique* de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en 2012, in *SZIER* 2013, S. 151–198.
- KOLB ROBERT/JARDIM OLIVEIRA THIAGO BRAZ, Le droit des *immunités juridictionnelles* étatiques et l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire italo-allemande, in *SZIER* 2013, S. 243–264.
- KRAEGE CAROLINE, *Sonderregelungen* für Personen, die Vorrechte und Immunität genießen, in Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar et al. (Hrsg.), *Ausländerrecht*, Basel 2009, S. 153–187.
- KRAJEWSKI MARKUS/SINGER CHRISTOPHER, Should Judges be *Front-Runners*? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights, in *MPYUNL* 2013, S. 1–34.
- KREICKER HELMUT, Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität, Auswirkungen auf das (Völker-)Strafrecht?, Anmerkungen zum *Urteil des IGH vom 3.2.2012* aus strafrechtlicher Sicht, in *ZIS* 2012, S. 107–123.
- KREICKER HELMUT, *Völkerrechtliche Exemtionen*, Grundlage und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht, 2 Bde., Berlin 2007.
- LENGELSEN ROBIN FALK, Aktuelle Probleme der *Staatenimmunität* im Verfahren vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten, Unter besonderer Berücksichtigung des «UN-Übereinkommens über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit», Frankfurt a.M. etc. 2011.

- LEU CHRISTIAN, *Art. 154*, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Kommentar.
- LÜKE MONIKA, *Die Immunität staatlicher Funktionsträger*, Berlin 2000.
- MAIERHÖFER CHRISTIAN, Der *EGMR* als «Modernisierer» des Völkerrechts? Staatenimmunität und *ius cogens* auf dem Prüfstand, Anmerkung zu den Urteilen Fogarty, McElhinney und Al-Adsani, in *EuGRZ* 2002, S. 391–398.
- MATZ NELE, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge*, Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze, Heidelberg 2005.
- MPEPIL, «*Jurisdiction*» (Bernard H. Oxman), 2007.
- MPEPIL, «*State Immunity*» (Peter-Tobias Stoll), 2011.
- NOWAK MANFRED, UN Covenant on Civil and Political Rights, *CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl etc. 2005.
- OELLERS-FRAHM KARIN, *State Immunity* vs. Human Rights: Observations concerning the Judgment of the ICJ in the Jurisdiction Immunities of States Case (Germany v. Italy), in *Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, S. 389–399.
- O’KEEFE ROGER/TAMS CHRISTIAN J. (Hrsg.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, A Commentary*, Oxford 2013.
- ORAKHELASHVILI ALEXANDER, Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy; Greece Intervening*), International Court of Justice, February 3, 2012, in *AJIL* 2012, S. 609–616.
- ORAKHELASHVILI ALEXANDER, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong*, in *EJIL* 2007, S. 955–977.
- OSCE, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE AND CO-ORDINATOR FOR COMBATING TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Wien 2010. (einsehbar auf www.osce.org/, Rubriken: Institutions and Structures/Secretariat/What we do/Combating trafficking in human beings, key resources; zuletzt besucht am 6.5.2014)
- PAUWELYN JOOST, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge 2003.
- PAVONI RICCARDO, *Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations*, in *De Wet/Vidmar, Hierarchy*, S. 71–113.
- PINGEL ISABELLE, *Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, in *JDI* 2005, S. 1045–1066.

- PINGEL-LENUZZA ISABELLE, *Les immunités des Etats en droit international*, Brüssel 1997.
- PORTMANN WOLFGANG, *Art. 328*, in Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar*, OR I.
- REINISCH AUGUST, *European Court Practice* concerning State Immunity from Enforcement Measures, in *EJIL* 2006, S. 803–836.
- REINISCH AUGUST, State Immunity from *Enforcement Measures*, in Council of Europe/Hafner/Kohen, *State Practice*, S. 151–165.
- RICHTSTEIG MICHAEL, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen, Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
- ROBERTS IVOR (Hrsg.), *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford etc. 2009.
- RYNGAERT CEDRIC, *Embassy Bank Accounts* and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors, in *LJIL* 2013, S. 73–88.
- SALMON JEAN, *Manuel de droit diplomatique*, Brüssel 1994.
- SBOLCI LUIGI, *Controversie di lavoro con stati stranieri e diritto internazionale*, Mailand 1987.
- SEIBERT-FOHR ANJA, Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten: Bedarf nach Neuorientierung, in *ZaöRV* 2013, S. 37–60.
- SIMMA BRUNO/PULKOWSKI DIRK, Of Planets and the Universe: *Self-contained Regimes* in International Law, in *EJIL* 2006, S. 483–529.
- SINCLAIR I.M., The *European Convention* on State Immunity, in *ICLQ* 1973, S. 254–283.
- STAKER CHRISTOPH, *Jurisdiction*, in Evans, *International Law*, S. 309–335.
- STERN BRIGITTE, The Elements of an *Internationally Wrongful Act*, in Crawford/Pellet/Olleson, *International Responsibility*, S. 193–220.
- SUDRE FRÉDÉRIC, La *jurisprudence* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in Isabel Pingel, *Droits des immunités et exigences du procès équitable*, Actes du colloque du 30 avril 2004, Paris 2004, S. 19–31.
- TÖLLE OLIVER/PALLEK MARKUS, Polizeiliche *Gefahrenabwehr* im Bereich diplomatischer oder konsularischer Vorrechte, in *DÖV* 2011, S. 547–554.
- UN, Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Vienna, 2 March–14 April 1961, Official Records, Volume I: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee of the Whole, UN Doc.

A.CONF.20/14, Geneva 1962. (zit. als Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, Volume I; einsehbar auf der Internetseite des UN Office of Legal Affairs auf www.legal.un.org/ola, Rubriken: Codification Division/Websites: Codification, Development and Promotion of International Law/Publications: Official Records of Diplomatic Conferences/Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities 1961; zuletzt besucht am 31.3.2014)

VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern 2000.

VOYIAKIS EMMANUEL, *Access to Court v. State Immunity*, in ICLQ 2003, S. 297–332.

WAGNER NIKLAS/RAASCH HOLGER/PRÖPSTL THOMAS, Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961, *Kommentar für die Praxis*, Berlin 2007.

WITTICH STEPHAN, The Definition of *Commercial Acts*, in Council of Europe/Hafner/Kohen, *State Practice*, S. 21–47.

YANG XIAODONG, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012.

ZEHNTNER DOMINIK, *Art. 1*, in Gomm/Zehntner, OHG-Kommentar.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.M.	am Main
Abs.	Absatz
AFDI	Annuaire français de droit international
AJIL	American Journal of International Law
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.3.1964 (Arbeitsgesetz); SR 822.11
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16.12.2005 (Ausländergesetz); SR 142.20
Ausschuss für WSK-Rechte	(UNO-)Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAC	Bureau de l'Amiable Compositeur Genf
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfG-K	Bundesverfassungsgericht, Kammerentscheidung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
c.	contre
CAHDI	Committee of Legal Advisers on Public International Law (Europaratsstaaten)
CAPH	Cour d'appel des prud'hommes Genf (seit 1.1.2011 Cour de Justice, Chambre des prud'hommes)
CAT	(UNO-)Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe

CEDAW	vom 10.12.1984 (Antifolterkonvention); 1465 UNTS 85 (UN) Committee against Torture (Ausschuss gegen Folter) (UNO-)Konvention über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (Frauenrechts- konvention); 1249 UNTS 13 (UN) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Frauenrechtsausschuss)
CERD	(UNO-)Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966 (Antirassendiskri- minierungskonvention); 660 UNTS 195
Cir.	Circuit
CMW	(UNO-)Konvention zum Schutz der Rechte aller Wander- arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18.12.1990 (Wanderarbeiterkonvention); 2220 UNTS 3 (UN) Committee on Migrant Workers (Wanderarbeit- nehmerausschuss)
CPED	(UNO-)Konvention zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen vom 20.12.2006 (Konvention gegen Verschwindenlassen); 2715 UNTS Doc. A/61/448
CRC	(UNO-)Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (Kinderrechtskonvention); 1577 UNTS 3
CRPD	(UNO-)Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (Behindertenrechts- konvention); 2525 UNTS 3
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
E.	Erwägung
ECSI	European Convention on State Immunity vom 16.5.1972 (Europäische Staatenimmunitätskonvention); 1495 UNTS 182
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
em.	emeritus/emerita

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention); 213 UNTS 222
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende
F.	Federal
F. Supp.	Federal Supplement
Fn.	Fussnote
Frauenrechtsausschuss	(UNO-)Ausschuss gegen die Diskriminierung von Frauen (CEDAW)
GA	General Assembly (UN)
GC	Grand Chamber
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. 3. 1995 (Gleichstellungsgesetz); SR 151.1
GoJIL	Goettingen Journal of International Law
GSG	Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 22. 6. 2007 (Gaststaatsgesetz); SR 192.12
GV	(UNO-)Generalversammlung
GYIL	German Yearbook of International Law
h.L.	herrschende Lehre
Hausangestelltenkonvention	ILO-Konvention über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16. 6. 2011 (C 189)
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.S.	im Sinn
i.V.m.	in Verbindung mit
IAGMR	Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IDI	Institut de Droit International
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des International Gerichtshofs vom 26. 6. 1945
ILDC	International Law in Domestic Courts (Oxford Reports on International Law)
ILR	International Law Reports

ILO	International Labour Organization
insb.	insbesondere
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987; SR 291
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
lit.	littera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.10.2007 (Lugano-Übereinkommen); 2658 UNTS 197
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
MRA	(UNO-)Menschenrechtsausschuss
N.Y.	New York
NGO	non-governmental organization
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue juristische Wochenzeitschrift
no.	number/numéro
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23.3.2007 (Opferhilfegesetz); SR 312.5
OHV	Verordnung über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 27.2.2008 (Opferhilfeverordnung); SR 312.51
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30.3.1911, Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220
OSCE	Organization for Security and Co-operation in Europe
Pakt I	(UNO-)Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966; 993 UNTS 3
Pakt II	(UNO-)Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966; 999 UNTS 171
PHV	Verordnung über die Einreise, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen

	vom 6.6.2011 (Verordnung über die privaten Hausange- stellten); SR 192.126
publ.	publiziert
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RDI	Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
Römer Statut	Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998; 2187 UNTS 3
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n), siehe
S.D.	United States District Court for the Southern District of (Abkürzung betroffener Einzelstaat)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937; SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung); SR 312.0
Supp.	Supplement
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TPH	Tribunal des prud'hommes Genf
u.a.	unter anderem/und andere(s)
UKHL	United Kingdom House of Lords
UN	United Nations
UNCSI	United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property vom 2.12.2004 (UNO- Staatenimmunitätskonvention; Annex zur GV-Resolution, UN Doc. A/RES/59/38)
UNO	United Nations Organization
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	versus
v.a.	vor allem
V-GSG	Verordnung zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 7.12.2007 (Gaststaatverordnung); SR 192.121

Vand. J. Trans- nat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vgl.	vergleiche
vol.	volume
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (Vertragsrechtskonvention); 1155 UNTS 331
WLR	The Weekly Law Reports
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961; 500 UNTS 95
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963; 596 UNTS 261
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
Ziff.	Ziffer(n)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung); SR 272

Einleitende Bemerkungen

Problemstellung

Seit Bestehen der modernen Territorialstaaten schirmen die völkerrechtlichen Immunitäten ausländische Staaten, Staatsoberhäupter und Diplomaten weitgehend von der Gerichtsbarkeit anderer Länder ab. Das dient der Beförderung der zwischenstaatlichen Beziehungen, der Wahrnehmung der staatlichen und insbesondere diplomatischen Aufgaben sowie der Wahrung der Souveränität des immunitätsberechtigten Staats. Jeder Staat profitiert davon im Ausland und hat im Gegenzug Einschränkungen in der Herrschaftsausübung auf dem eigenen Territorium in Kauf zu nehmen. Die völkerrechtlichen Immunitäten berühren somit traditionell rein staatliche Interessen. Das hat sich mit der Anerkennung internationaler Menschenrechte und damit verbunden der Individuen als (partielle) Völkerrechtssubjekte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verändert. Zu den weitherum verbürgten internationalen Garantien gehören namentlich das Recht auf Zugang zu einem (nationalen) Gericht, um eigene Rechtsansprüche durchzusetzen, und das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei Menschenrechtsverletzungen. Die Immunitäten stehen demnach heute in einem dreipoligen völkerrechtlichen Interessenverhältnis: Neben den Interessen des immunitätsberechtigten Staats sind völkerrechtliche Interessen des Gerichtsstaats sowie der Individuen berührt, deren Zugang zur Justiz im Gerichtsstaat durch die Immunitäten erschwert oder verhindert wird. Das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten (älterer Normkomplex) und den Menschenrechten (jüngerer Normkomplex) ist offenkundig spannungsgeladen.

Die Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Diplomaten und Missionen (Botschaften und ständige Missionen bei internationalen Organisationen) im Gaststaat ist eine von vielen Konstellationen, in denen sich das Spannungsverhältnis zwischen Immunitäten und Menschenrechten manifestiert. Unter «Ausbeutung» werden in dieser Arbeit die Verletzung der Rechte des Hauspersonals an ihrem Arbeitsplatz, wie namentlich ihrer Arbeitnehmer- und Menschenrechte, verstanden. Die Schwere des Rechtsverstoßes ist nicht entscheidend. Erfasst sind daher Rechtsverletzungen, von der relativ marginalen finanziellen Vorteilsnahme (z.B. das Nichtbezahlen einzelner Überstunden), über die erhebliche finanzielle Ausnützung und übermäßige Inanspruchnahme der Hausangestellten (z.B. keine angemessene Entlohnung und Freizeit) bis hin zu sklavereiähnlichen Verhältnissen (z.B. eingeschränkte Bewegungsfreiheit, Gewalt, keine Ruhezei-

ten, ungenügende Nahrung). Das Hauspersonal verfügt wegen der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität – ohne Einwilligung des Entsendelands – im Gaststaat, das heisst am Arbeitsort, praktisch über keinen effektiven Rechtsschutz, um zivilrechtliche Ansprüche gegen die Diplomaten oder den Entsendestaat durchzusetzen und zu veranlassen, dass fehlbare Diplomaten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Steht ihnen nicht im Entsendestaat ein (zumutbarer) alternativer Rechtsschutz offen, läuft der fehlende Zugang zur Justiz im Gaststaat faktisch nicht selten auf die totale Rechtsschutzlosigkeit der Hausangestellten hinaus. Für den Gaststaat bedeutet die Respektierung der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts, dass er gegenüber Hausbediensteten ausländischer Vertretungen und Diplomaten nicht den üblichen, auf seinem Staatsgebiet geltenden Menschenrechtsstandard einhalten kann. Darf er doch ihnen gegenüber positive Menschenrechtspflichten, wie namentlich die Pflicht, Straftaten (insb. Eingriffe in die physische Integrität) zu ahnden sowie einen (gerichtlichen) Rechtsschutz zur Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen und Menschenrechtsverletzungen sicherzustellen, nicht erfüllen.

Forschungsgegenstand

An der Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat kristallisieren sich grundlegende Fragen zum Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten heraus. Der Internationale Gerichtshof betont unter Hinweis auf den prozeduralen Charakter der Immunitäten, dass kein (formeller) Konflikt mit den Menschenrechten besteht, und die Immunitäten die Staaten und geschützten Individuen nicht von der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Handlungen entbinden. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof hebt die Notwendigkeit hervor, die Menschenrechte im Kontext des allgemeinen Völkerrechts auszulegen, und stuft durch die Immunitäten bedingte Eingriffe in die Menschenrechte, insbesondere in das Recht auf Zugang zu einem Gericht, automatisch als verhältnismässig und gerechtfertigt ein. Beide Ansätze kommen im Ergebnis einem (faktischen) Vorrang der Immunitäten gleich, was praktisch teils zur Wirkungslosigkeit der Menschenrechte führt. Umgekehrt hätte eine Abkehr von der bisherigen Praxis zwecks Stärkung des Menschenrechtsschutzes zur Folge, dass die Immunitäten nicht mehr im selben Umfang gelten würden. Das könnte zwischenstaatliche Konflikte schüren (z.B. bei Vollstreckungshandlungen gegen hoheitlichen Zwecken dienendes Eigentum anderer Länder), die Sicherheit von Diplomaten gefährden und die Wahrnehmung

der diplomatischen Aufgaben erschweren (z.B. durch politisch motivierte Festnahmen gegen ausländisches Missionspersonal).

Vor diesem Hintergrund ist die geltende Rechtslage und vorab die Praxis des Internationalen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Spannungsverhältnis zwischen Immunitäten und Menschenrechten auf ihre Überzeugungskraft hin zu analysieren. Trägt sie dem Umstand angemessenen Rechnung, dass die Immunitäten seit der Anerkennung der internationalen Menschenrechte in einem dreipoligen völkerrechtlichen Interessenfeld stehen? Wie ist mit einem – wenn nicht formellen, so doch materiellen – Spannungsverhältnis zwischen zwei grundlegenden völkerrechtlichen Normkomplexen unterschiedlichen Alters umzugehen? Sind die herkömmlichen völkerrechtlichen Konfliktlösungsmechanismen (koordinierende Auslegung, Vorrangregeln) ausreichend oder weitere Instrumente, namentlich Ausgleichsmassnahmen nötig, um adäquat mit solchen Situationen umzugehen? Worin könnten allfällige Ausgleichsmassnahmen im Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten bestehen? Wäre es überhaupt wünschbar, dass der Menschenrechtsschutz zulasten der Immunitäten gestärkt wird? Und wie wäre das normativ zu begründen? Welche Ausgleichsmassnahmen wären gegebenenfalls bei der Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Vertretungen und Diplomaten anzuwenden?

Das Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten ist vielschichtig. Es wirkt sich in unterschiedlichen Konstellationen aus und betrifft verschiedene Menschenrechtseingriffe und Immunitäten (staatliche Gerichts- und Vollstreckungsimmunität, diplomatische Immunität *ratione personae* und *materiae*, Immunität von Staatsoberhäuptern). Daher beschränkt sich diese Studie auf die Ausarbeitung eines Lösungsvorschlags für das Verhältnis der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts (insb. diplomatische Immunität) zu den Menschenrechten, soweit die Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten betroffen ist. Da diese spezifische Fragestellung jedoch nicht isoliert angegangen werden kann, reflektiert die Arbeit zwangsläufig auch die aufgeworfenen Grundsatzfragen. Zudem lassen sich die präsentierten Lösungselemente einzeln oder kombiniert auch für andere Konstellationen fruchtbar machen, in denen die Spannung zwischen Immunitäten und Menschenrechten zutage tritt.

Von der Untersuchung ausgeschlossen ist das Hauspersonal von Konsulaten, Konsularbeamten, internationalen Organisationen und deren Funktionärinnen. Ursache hierfür ist die unterschiedliche Rechtsgrundlage und Reichweite ihrer Immunitäten. Das Spannungsverhältnis besteht aber auch hier. Allerdings ist die Rechtsschutzproblematik bei Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomatinen im Gaststaat wegen der besonders weitreichenden diplomatischen Immunität akzentuiert.

Vorgehen

Die Wirkung der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz von Hausbediensteten ist in den verschiedenen Gaststaaten weitgehend vergleichbar. Der Fokus auf einen spezifischen Gaststaat hat den Vorteil, die Thematik präzise und anschaulich aufzeigen zu können. Die Schweiz bietet sich dafür vor allem aus zwei Gründen an: Wegen der vielen, vor allem in Genf ansässigen internationalen Organisationen und der grossen Zahl ausländischer Vertretungen und Diplomatinen ist die Ausbeutung von Hausangestellten im diplomatischen Kontext von erheblicher Relevanz. Zudem sind die Einschränkungen ihres Rechtsschutzes gerade in einem Rechtsstaat wie der Schweiz besonders störend und brisant. Das Schweizer Departement für Auswärtige Angelegenheiten und der Kanton Genf sahen sich denn auch veranlasst, Massnahmen zur Milderung der Auswirkungen der Immunitäten auf den Rechtsschutz von ausgebeutetem Hauspersonal zu ergreifen. Darauf kann die Arbeit spezifisch eingehen.

Gliederung der Studie

Die Studie gliedert sich in fünf Teile. Der *erste Teil* erläutert die unterschiedlichen (völkerrechtlichen) Kategorien von Hauspersonal im Umfeld ausländischer Missionen, diskutiert mögliche Ausbeutungsformen und erörtert den rechtlichen (internationalen und nationalen) Rechtsrahmen, in dem Rechtsverletzungen gegen das Hauspersonal im Gaststaat (Schweiz) zu situieren sind. Der *zweite Teil* untersucht, welche Einschränkungen die Staatenimmunität im Rechtsschutz der Hausangestellten ausländischer Missionen bewirkt. Dazu werden die relevanten Bestimmungen der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität, der Staatenimmunität nach dem UNO-Übereinkommen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit aus dem Jahr 2004 (UNCSI) sowie des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität von 1972 (ECSI) je separat dargestellt. Neben der Erörterung massgeblicher Urteile ausländischer und internationaler Gerichte wird der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (insb. zur gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität) besondere Beachtung geschenkt. Der *dritte Teil* analysiert anhand der relevanten Vorschriften des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (WÜD) von 1961, wie sich das diplomatische Recht und insbesondere die diplomatische Immunität und das Prinzip der Unverletzlichkeit auf den Rechtsschutz der Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomatinen im Gaststaat und speziell in der Schweiz auswirkt. Der *vierte Teil* erörtert und

unterzieht die Praxis des Internationalen Gerichtshofs, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des UNO-Menschenrechtsausschusses zum Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten sowie ihre Bedeutung für ausgebeutetes Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten einer kritischen Bewertung. Der *fünfte Teil* diskutiert mögliche Instrumente zum Ausgleich zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten. Am Schluss wird ein konkreter Lösungsvorschlag präsentiert, in welchen Fällen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und andere Rechtsprechungsorgane die Respektierung der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität durch den Gaststaat als verhältnismässigen Eingriff in die Menschenrechte des Hauspersonals qualifizieren sollen.

Zweck der Studie

Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt, verfolgt diese Studie hauptsächlich drei Zwecke: Sie möchte erstens die Auswirkungen *de lege lata* der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz ausgebeuteter Hausbediensteter im Gaststaat präzis aufzeigen. Zweitens will sie einen konkreten Lösungsvorschlag vorlegen, wie Gerichte bei Rechtsverletzungen gegenüber dem Hauspersonal von ausländischen Vertretungen und Diplomaten mit der Spannung zwischen der Staatenimmunität beziehungsweise der diplomatischen Immunität und den Menschenrechten umgehen können. Drittens sollen die anhand der Ausbeutung des Hauspersonals diskutierten Ausgleichsinstrumente Ideen vermitteln, wie auch in anderen Konstellationen, in denen sich die Spannung zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten manifestiert, ein besserer Ausgleich zwischen diesen beiden Normkomplexen erzielt werden kann.

1. Teil

Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten: Problemstellung und Rechtsrahmen

§ 1

Problemaufriss

Diese Studie analysiert das Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten am Beispiel des Rechtsschutzes für ausgebeutetes Hauspersonal von Diplomaten sowie Botschaften und ständigen Missionen bei internationalen Organisationen im Gaststaat Schweiz¹. Teil 1 dieser Arbeit will die Problemstellung verdeutlichen und mit der Klärung juristischer Begriffe, die sich auf den Aufbau der Studie auswirken, mit Informationen zur Ausbeutung von Hausangestellten sowie mit einem Überblick über die tangierten Rechtsnormen die Grundlagen für den weiteren Gang der Untersuchung schaffen.

Die völkerrechtlichen Immunitäten schirmen insbesondere Staaten und Diplomaten von der Gerichtsbarkeit und weiteren Zwangsmassnahmen in anderen Ländern ab. Sie sind ein verfahrensrechtliches Instrument und regeln, in welchem Land eine Rechtsstreitigkeit materiell durch die Gerichte beurteilt und durchgesetzt werden kann. Damit grenzen sie die Gerichtsbarkeit unterschiedlicher Länder voneinander ab und weisen eine Streitigkeit dem Land zu, welches für die Beurteilung als besonders geeignet erachtet wird. Steht dem beklagten Staat oder der beklagten Person Immunität zu und verzichtet der betroffene Staat nicht darauf, fehlt eine Prozessvoraussetzung, und die Streitigkeit kann durch das angerufene Gericht nicht materiell beurteilt werden. Der rechtsuchenden Person bleibt dann nur die Möglichkeit, in einem Land Rechtsschutz anzustreben, in dem der Beklagte keine Immunität geniesst. Bei der Ausbeutung von Hausbediensteten ist dies primär der Entsendestaat.

Bei Rechtsverletzungen gegenüber Hausangestellten ausländischer Diplomatinen und Missionen können sich zwei Arten von völkerrechtlichen Immunitäten auf den Rechtsschutz im Gaststaat auswirken: Die Staatenimmunität des Entsendestaats und die diplomatische Immunität, welche die einzelnen Diplo-

¹ Nachfolgend wird nicht mehr zwischen Botschaften und ständigen Missionen bei internationalen Organisationen differenziert, sondern pauschal von ausländischen Missionen oder Vertretungen gesprochen.

matinnen und weiteres Missionspersonal vor Zwangsmassnahmen des Gaststaats schützt. Beide haben unter anderem unterschiedliche Geltungsbereiche und Reichweiten: Die Staatenimmunität gelangt grundsätzlich in Verfahren gegen ausländische Staaten zur Anwendung, die diplomatische Immunität in Verfahren gegen einzelne Diplomatinen und Diplomaten und weiteres Missionspersonal. Für die Beurteilung der Auswirkungen der völkerrechtlichen Immunitäten auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ist daher von zentraler Bedeutung, ob das Verfahren gegen den Staat oder gegen Einzelpersonen geführt wird. Gegen Ersteren kann grundsätzlich nur zivilrechtlich, gegen Letztere zivil- und/oder strafrechtlich vorgegangen werden.

§ 2

Völkerrechtliche Qualifikation des Hauspersonals

Wen Ausbeutungsoffer gerichtlich verklagen können und welche Immunität folglich zur Anwendung gelangt und den Rechtsschutz im Gaststaat beeinflusst, steht nicht in ihrem Belieben. Dies ist vielmehr von ihrem Anstellungsstatus abhängig, konkret ihrer Qualifikation als dienstliche oder private Hausangestellte nach dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD).

I. Dienstliches Hauspersonal

Das dienstliche Hauspersonal umfasst gemäss Art. 1 lit. g WÜD die Hausbediensteten ausländischer Botschaften². Arbeitgeber ist der Entsendestaat, zu dem sie meist in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen³. Das gilt namentlich für die im Gaststaat eingestellten Personen. Dienstliche Hausangestellte nehmen an den ausländischen Vertretungen vor allem folgende Tätigkeiten wahr: Sie sorgen für das Wohl des diplomatischen Personals und ihrer Gäste – etwa indem sie kochen, servieren oder Fahrdienste erbringen –, sie reinigen die Räumlichkeiten der Mission, arbeiten als Pförtner oder Wachpersonal, nehmen kleinere Reparaturen vor oder pflegen den Garten. Im März 2014 waren in der Schweiz gemäss einer Auskunft des Departements für Auswärtige Angelegenheiten insgesamt 1032 dienstliche Hausangestellte registriert: 240 an Botschaften in Bern und 792 bei einer ständigen Mission in Genf⁴. Hinzu kamen 198 Hausbedienstete, die in der Residenz der Missionschefs tätig und von den Entsendestaaten angestellt waren (Genf: 196, Bern: 2).

² Die Schweiz wendet das WÜD sinngemäss auch auf die ständigen Missionen bei internationalen Organisationen an; vgl. Art. 6 Abs. 2 V-GSG. Zum WÜD siehe § 11 und 12.

³ Vgl. CAPH, 7.12.2006, C/36891/1995–5, E. 5.1. Eine öffentlichrechtliche Anstellung des dienstlichen Hauspersonals ist aber nicht *per se* ausgeschlossen. Dazu auch S. 21, Fn. 30.

⁴ Nicht erfasst sind Personen mit Schweizer Staatsangehörigkeit und mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, die für eine ausländische Vertretung oder eine Person, die Vorrechte und Immunitäten geniesst, tätig sind.

II. Privates Hauspersonal

Vom Hauspersonal der Missionen zu unterscheiden sind die privaten Hausbediensteten der Diplomatinen und weiterer Missionsangestellter. Nach Art. 1 lit. h WÜD bezeichnet der Ausdruck «privater Hausangestellter» eine im häuslichen Dienst eines Mitglieds der Mission beschäftigte Person, die nicht Bedienstete des Entsendestaats ist. Das heisst, Arbeitgeberin oder Arbeitgeber von privaten Hausangestellten ist eine Diplomatin oder ein Diplomat oder allenfalls das administrative und technische Missionspersonal⁵. Private Hausangestellte erbringen schwergewichtig eine, mehrere oder alle der folgenden Dienstleistungen im Privathaushalt ihres Arbeitgebers: kochen, putzen, waschen, Service, Betreuung von Kindern, älteren Personen oder Haustieren, Gartenarbeiten sowie kleinere Reparaturen im und ums Haus. Private Hausangestellte von Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der ILO-Konvention über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte von 2011 (Hausangestelltenkonvention). Diese definiert «Hausarbeit» als Arbeit, die in oder für einen Haushalt oder für Haushalte ausgeführt wird und bezeichnet als Hausangestellte eine Person, die Hausarbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbringt (Art. 1 lit. a und b)⁶.

Gemäss einer Auskunft des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten waren anfangs März 2014 insgesamt 147 private Hausbedienstete bei Angestellten ausländischer Missionen und Botschaften in Genf (121) und Bern (26) registriert⁷. Wie bei den dienstlichen Hausangestellten muss wohl auch bei den privaten Hausbediensteten von einer Dunkelziffer nicht gemeldeter Personen ausgegangen werden.

III. Rechtliche Relevanz der Unterscheidung

Obschon Hausbedienstete von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten sowie von ausländischen Vertretungen ähnliche Tätigkeiten verrichten, ist, wie zu Beginn dieses Paragraphen dargelegt, ihre Qualifikation als dienstliche oder private Hausangestellte für die Wirkung der Immunitäten auf den Rechtsschutz

⁵ Zu diesen Kategorien von Botschaftsangestellten siehe Art. 1 lit. d, e und f WÜD sowie S. 105 f.

⁶ Konvention Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16.6.2011; zum Inhalt siehe S. 254 f. Das Parlament hat das Übereinkommen im Juni 2014 genehmigt, sodass mit einer baldigen Ratifikation durch die Schweiz gerechnet werden kann.

⁷ Nicht beim EDA registriert sind private Hausangestellte mit Schweizer Staatsangehörigkeit und solche mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz.

im Gaststaat äusserst relevant. Werden private Hausangestellte ausgebeutet, können sie grundsätzlich nur zivil- und gegebenenfalls strafrechtlich gegen die fehlbaren Diplomaten und weiteren Missionsangestellten vorgehen. Eine Zivilklage gegen den Entsendestaat ist dagegen nicht möglich. Dieser ist nicht ihr Arbeitgeber und zudem ist ihm das rechtswidrige Verhalten seiner Missionsangestellten gegenüber ihren privaten Hausbediensteten nicht zurechenbar⁸. Inwieweit für privates Hauspersonal im Gaststaat – unter dem Gesichtspunkt der Immunität – Rechtsschutz gegen Diplomaten und weiteres Missionspersonal erhältlich ist, richtet sich folglich ausschliesslich nach Massgabe des diplomatischen Rechts, das heisst dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD). Dieses ist von den allermeisten Ländern ratifiziert, gilt darüber hinaus aber grösstenteils auch gewohnheitsrechtlich. Anders das dienstliche Hauspersonal: Es hat grundsätzlich die Möglichkeit, die für die Rechtsverletzungen verantwortlichen Einzelpersonen zivil- und strafrechtlich sowie den Entsendestaat als seinen Arbeitgeber zivilrechtlich in die Pflicht zu nehmen, soweit diesem das ausbeuterische Verhalten seiner Angestellten zurechenbar ist⁹. Das ist im Wesentlichen der Fall, wenn es einen sachlichen Bezug zu den dienstlichen Aufgaben der fehlbaren Diplomaten und weiteren Missionsangestellten hat¹⁰. Eine Zivilklage gegen den Entsendestaat ist auch möglich, wenn dieser gegenüber den Angestellten Schutzpflichten verletzt hat (Haftung durch Unterlassen). Eine solche Konstellation tritt etwa ein, wenn der Missionschef nicht wusste, dass eine Hausangestellte von anderen Mitarbeitenden physisch drangsaliert wird, er kraft seiner Vorgesetztenfunktion aber davon hätte wissen können oder müssen und es somit sorgfaltspflichtwidrig versäumt hat, etwas gegen die Missstände zu unternehmen. Je nachdem, gegen wen dienstliche Hausangestellte Klage erheben, wird ihr Rechtsschutz im Gaststaat massgeblich durch die diplomatische Immunität (Verfahren gegen Diplomaten und weiteres Missionspersonal) oder durch die Staatenimmunität (Verfahren gegen den Entsendestaat) bestimmt.

⁸ Siehe z.B. CAPH, 21.7.2007, C/2083/2005–5. Das überzeugt für Hausangestellte, die im Haushalt des Missionschefs arbeiten nicht durchwegs, da sie oft auch an Anlässen arbeiten, die dieser für den Entsendestaat wahrnimmt. Erfolgt die Ausbeutung im Rahmen solcher Tätigkeiten, ist je nach den konkreten Umständen eine Zurechnung des rechtswidrigen Verhaltens des Missionschefs als staatliches Handeln angezeigt und ein zivilrechtliches Vorgehen der Hausangestellten gegen den Entsendestaat als zulässig zu erachten. Dazu auch S. 117 und 272 f.

⁹ Strafverfahren gegen Staaten sind nicht möglich.

¹⁰ Zur Unterscheidung zwischen privatem und dienstlichem ausbeuterischen Verhalten siehe S. 116 ff. und 40 ff.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Rechtsschutz für dienstliche und private Hausangestellte im Gaststaat nicht identisch ist. Die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität unterscheiden sich nicht nur in ihrer Rechtsgrundlage, sondern auch inhaltlich und haben somit nicht die gleiche Bedeutung für und dieselben Auswirkungen auf den Rechtsschutz der beiden Bedienstetenkategorien¹¹. Darüber hinaus unterstehen die beiden Bedienstetengruppen teilweise auch nicht demselben materiellen Recht: So gelten etwa die ILO-Hausangestelltenkonvention¹² und die Schweizer Verordnung über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen (Verordnung über die privaten Hausangestellten, PHV) nur für Bedienstete in Privathaushalten¹³.

In der Praxis kommt es relativ häufig vor, dass Hausbedienstete zwar ausschliesslich in der privaten Residenz der Missionschefin tätig sind, der Arbeitsvertrag aber mit dem Entsendestaat geschlossen wurde¹⁴. Obwohl sich ihre Arbeitssituation nicht von jener der privaten Hausangestellten unterscheidet, können diese Hausbediensteten bei einer Ausbeutung grundsätzlich auch den Entsendestaat als ihren Arbeitgeber in die Pflicht nehmen¹⁵. In dieser Konstellation kann somit wiederum die Staatenimmunität für den Rechtsschutz bedeutsam werden.

¹¹ Die Immunität des diplomatischen Personals ist wie dargelegt im WÜD geregelt, während die Staatenimmunität bislang v.a. gewohnheitsrechtlich gilt. Hinzu kommt nun die 2004 verabschiedete, aber noch nicht in Kraft getretene UNO-Staatenimmunitätskonvention.

¹² Dazu auch S. 10, Fn. 6 und zum Inhalt S. 254 f.

¹³ Mehr zum Anwendungsbereich der PHV auf S. 246 ff.

¹⁴ Dieses Hauspersonal untersteht in der Schweiz nicht der PHV (Art. 2 Abs. 2).

¹⁵ Siehe etwa X. v. Israel, 127 ILR 310; BGE 138 III 750 und GLOOR, Employer States, Ziff. 33, Fn. 92.

§ 3

Ausbeutung von Hauspersonal

I. Zum Begriff der Ausbeutung

Diese Arbeit spricht unjuristisch von der «Ausbeutung» des Hauspersonals. Juristisch ist damit die Verletzung unterschiedlicher Rechte der Hausangestellten an ihrem Arbeitsplatz wie vorab ihrer Arbeitnehmer- und Menschenrechte gemeint. Die Verwendung des Begriffs «Ausbeutung» hat insofern seine Berechtigung und ist auch Ausdruck davon, dass jedenfalls die Beschäftigung von Hausangestellten in Privathaushalten teils bis heute in verschiedenen Weltregionen und Staaten als private und informelle Angelegenheit verstanden wird. Dadurch ist ihnen eine rechtlich geschützte Arbeitnehmerstellung versagt und sie arbeiten weitgehend in einem rechtsfreien Raum. Klarzustellen ist, dass der Begriff «Ausbeutung» in dieser Arbeit für das ganze Spektrum möglicher Rechtsverletzungen gegenüber Hausangestellten an ihrem Arbeitsplatz angewandt wird und folglich relativ marginale Vorkommnisse wie zum Beispiel das Nichtgewähren einzelner Ferientage bis hin zu schwersten Pflichtverletzungen wie Gewalt und krasser finanzieller Vorteilsnahme durch die Arbeitgeberin erfasst. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das Fairnessgebot nicht nur für die Arbeitgeberseite, sondern auch für Hausangestellte gilt. Es kommt vor, dass diese dagegen verstossen und unbegründete Anschuldigungen gegen ihren Arbeitgeber erheben. Solches Verhalten verdient ebenso wenig Schutz und Sympathie wie Fehlverhalten der Arbeitgebenden.

II. Eigenheiten der Hausangestelltentätigkeit

Verschiedene Faktoren tragen dazu bei, dass private Hausangestellte im Vergleich zu anderen Arbeitnehmenden besonders leicht ausgebeutet werden können und manchmal jahrelang in missbräuchlichen, teils gar sklavereiähnlichen Arbeitssituationen ausharren¹⁶. Hausarbeit findet in Privathaushalten und damit

¹⁶ Die Erläuterungen zur Tätigkeit von Hausbediensteten und den Formen der Ausbeutung stützen sich vornehmlich auf folgende Quellen: ILO, Domestic Workers across the World: Global and Regional Statistics and the Extent of Legal Protection, Genf 2013; HUMAN RIGHTS WATCH, Swept under the Rug, Abuses against Domestic Workers around the World, New York 2006; OSCE, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE

im Verborgenen statt. Das Arbeitsverhältnis zwischen der Hausherrin und ihrer Bediensteten ist oft informell und wird eher als persönliches Vertrauensverhältnis denn als Berufsbeziehung verstanden. Hausarbeit ist typische Frauenarbeit, die traditionell keinen Marktwert besitzt und auch gegenwärtig zu den am schlechtesten entlohnten Tätigkeiten zählt¹⁷. Hausarbeit ist bis heute oft (zumindest teilweise) von den nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften ausgenommen, was zugleich Ursache wie Folge des traditionellen Verständnisses der Hausarbeit als informelle Dienstleistung sein dürfte. Wo arbeitsrechtliche Vorschriften auch auf die von Nichtfamilienmitgliedern erbrachte Hausarbeit Anwendung finden, ist ihre Durchsetzung aufgrund des informellen Charakters dieser Arbeit nur mit erheblichem Aufwand praktikabel. Kennzeichnend für Hausangestellte ist darüber hinaus ihre mehrfache Abhängigkeit von der Arbeitgeberin.

Hausangestellte stammen in der Regel aus ärmeren, wenig gebildeten Schichten und begeben sich oftmals ins Ausland, um den Unterhalt ihrer Familie zu sichern. Für dieses Ziel sind sie bereit, grosse Opfer in Kauf zu nehmen. Die finanzielle Abhängigkeit wird verstärkt, wenn sie über Vermittlungsagenturen zu ihren Arbeitgebern gelangen. Diese verlangen oft hohe Gebühren, sodass Hausbedienstete zunächst mehrere Monate arbeiten müssen, um ihre Schulden zu begleichen; wechseln sie die Arbeitgeberin, fallen neue Gebühren an.

Private Hausbedienstete wohnen überwiegend bei ihrem Arbeitgeber und werden von diesem gepflegt. Dadurch fehlen Rückzugsmöglichkeiten und die stete Verfügbarkeit erhöht die Gefahr rechtswidrigen Verhaltens. In Fällen, in denen Hausangestellte sozial isoliert sind, bildet die Arbeitgeberfamilie den einzigen Bezugspunkt. Wehrt sich der Angestellte gegen eine missbräuchliche Arbeitssituation, riskiert er den Verlust der Unterkunft, des Einkommens, der medizinischen Versorgung und des sozialen Bezugspunkts. Dies wiegt umso schwerer, als ausländisches Hauspersonal meist nicht oder nur ungenügend mit den rechtlichen, sprachlichen und kulturellen Gegebenheiten am Arbeitsort vertraut ist.

Ein gewichtiger Faktor gegen die Beendigung eines ausbeuterischen Arbeitsverhältnisses stellt überdies der Umstand dar, dass namentlich die Aufenthaltsgenehmigung der Hausbediensteten von Diplomatinen und Diplomaten

AND CO-ORDINATOR FOR COMBATING TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Wien 2010; ASIA PACIFIC FORUM ON WOMEN, *Law and Development, The Right to Unite: A Handbook on Domestic Worker Rights across Asia*, Chiangmai 2010; alle Berichte sind einsehbar auf den Internetseiten der genannten Organisationen (zuletzt besucht am 6.5.2014).

¹⁷ Über 80 % der privaten Hausbediensteten weltweit sind Frauen; ILO, *Domestic Workers*, S. 21.

grundsätzlich direkt an die Tätigkeit beim spezifischen Arbeitgeber gebunden ist¹⁸. Das bedeutet, dass diese Angestellten das Gastland bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Regel verlassen müssen. Die Schweiz hat diese Abhängigkeit insoweit gemildert, als Hausbedienstete von Diplomatinen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwei Monate Zeit haben, um eine neue Beschäftigung in einem Diplomatenhaushalt zu finden¹⁹.

Dienstliches Hauspersonal ist weniger ausbeutungsgefährdet als privates Hauspersonal. Dies gilt jedenfalls für schwere Rechtsverletzungen nicht finanzieller Art. Der Grund liegt vor allem darin, dass es die Arbeitsleistung nicht in einem Privathaushalt, sondern meist zusammen mit weiteren Angestellten in der ausländischen Vertretung erbringt und gewöhnlich über eine eigene Unterkunft verfügt. Zudem ist das Arbeitsverhältnis bei dienstlichen Hausangestellten meist formalisierter, weil der Arbeitgeber der Staat und nicht eine Privatperson ist. Stärker gefährdet hinsichtlich gravierender Menschenrechtsverletzungen sind dagegen wegen der sozialen Isolation diejenigen Bediensteten, die auch in der Mission wohnen. Obschon das dienstliche Hauspersonal unentbehrliche Dienste für den Missionsbetrieb erbringt, handelt es sich um eher schlecht bezahlte Tätigkeiten mit geringer gesellschaftlicher Anerkennung, die meist von Personen aus der Unterschicht und ohne qualifizierte Ausbildung verrichtet werden. Jedenfalls soweit die dienstlichen Hausangestellten aus dem Entsendestaat oder einem Drittstaat stammen, sind sie im Gastland oft kaum integriert und kulturell, sprachlich oder sozial auf die Mission und die eigene kulturelle Gemeinschaft zurückgeworfen. Auch beim dienstlichen Hauspersonal stellen daher die schlechten alternativen Erwerbsmöglichkeiten, das stark ausgeprägte Hierarchie- und Standesbewusstsein im diplomatischen Kontext sowie das kulturell abgeschottete Arbeitsumfeld Faktoren dar, die eine Ausbeutung begünstigen.

III. Formen der Ausbeutung

In jüngerer Zeit haben sich Nichtregierungsorganisationen sowie zwischenstaatliche Organisationen und Gremien vermehrt mit den Arbeitsbedingungen von Hausangestellten in Privathaushalten befasst. Die durchgeführten Untersuchungen beziehen sich in der Regel nicht spezifisch auf Diplomatenhaushalte²⁰. Publik gewordene Fälle zeigen aber, dass Angestellte von Diplomatinen grundsätzlich der gleichen Bandbreite von leichter bis extremer Ausbeutung ausgesetzt

¹⁸ KARTUSCH, Domestic Workers, S. 26.

¹⁹ Art. 13 Abs. 2 und 3 PHV.

²⁰ Für Belege siehe S. 13, Fn. 16.

sind wie Hausangestellte anderer Arbeitgeber²¹. Aus den Untersuchungen geht hervor, dass gegenüber Bediensteten in Privathaushalten vor allem folgende Rechtsverletzungen – oft in Kombination – begangen werden:

Hausangestellte werden *finanziell ausgebeutet*²²: Diese Ausbeutung besteht typischerweise darin, dass – in Missachtung ursprünglicher Versprechen und Verträge – Arbeit nicht entlohnt oder Überstunden nicht abgegolten werden, der Lohn unregelmässig oder die Angestellte schlechter bezahlt werden als vereinbart. Teils wird der Lohn zurückbehalten, um die Angestellte von der Flucht abzuhalten. Selbst vertragsgemäss geleistete Löhne liegen vielfach weit unter den für vergleichbare Arbeiten vorgeschriebenen gesetzlichen Mindestlöhnen. Darüber hinaus arbeiten Hausbedienstete zum Teil ohne jeglichen sozialversicherungsrechtlichen Schutz und sind nicht krankenversichert. Bei Unfall, Krankheit oder Schwangerschaft wird das Hauspersonal nicht selten entlassen.

Privatem Hauspersonal werden *ausserordentliche Arbeitsleistungen* abverlangt: Dies gilt vor allem mit Blick auf die Arbeitszeiten. Berichte zeigen, dass sie mitunter täglich bis zu 15 Stunden arbeiten müssen (manchmal nachts zusätzlich auf Abruf) und dies unter Umständen sieben Tage die Woche, ohne Freizeit und Ferien; in weniger schlimmen Situationen sind ihnen wenige Ruhetage, etwas Freizeit und wenig Ferien vergönnt. Zudem müssen Hausangestellte oft mehr, andere und strengere als die ursprünglich vereinbarten Arbeiten verrichten. Ihre Aufgaben sind körperlich teils sehr anstrengend (z.B. putzen, Betreuung vieler Kinder) und auch gefährlich (z.B. Hantieren mit Chemikalien, Fenster reinigen).

Hausangestellten wird eine *adäquate Unterbringung, Verpflegung und medizinische Versorgung* vorenthalten: Beispielsweise erhalten sie zu wenig und schlechtes Essen (z.B. nur eine Mahlzeit am Tag, unausgewogenes Essen), müssen in ungeeigneten Räumen (z.B. ohne Fenster und Möblierung) oder gar auf

²¹ Spezifisch dazu aber KARTUSCH, Domestic Workers und BAN YING, Koordinations- und Beratungsstelle gegen Menschenhandel, Weibliche Hausangestellte in privaten Haushalten von Diplomaten in der Bundesrepublik Deutschland, Eingabe an den Ausschuss für Frauenrechte, Berlin 2003 (einsehbar unter www.ban-ying.de, Rubriken: Publikationen/ UN Eingabe (2003), besucht am 16.12.2013); OSCE, Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude, S. 25 ff. mit Beispielen; Tagesanzeiger Online, 23.8.2011, Das Leid der Hausangestellten von Diplomaten sowie die Belege auf S. 17, Fn. 23.

²² Die Arbeits- und Lohnbedingungen des privaten Hauspersonals von ausländischen Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten sind in der Schweiz seit 2011 in der Verordnung über die privaten Hausangestellten geregelt (vgl. insb. Art. 28 ff.). Die detaillierten Vorgaben verbessern ihre Arbeitssituation merklich und helfen die Wahrscheinlichkeit einer Ausbeutung zu mindern, können sie aber nicht gänzlich unterbinden. Für weitere Ausführungen dazu siehe S. 246 ff.

dem Boden (bspw. in der Küche) schlafen und werden bei Krankheit und Unfällen nicht, ungenügend oder zu spät medizinisch versorgt.

Belegt sind zudem zahlreiche Fälle, in denen Arbeitgeberinnen ihre Bediensteten *sozial isolieren*: Sie verbieten ihnen beispielsweise im Gaststaat Sozialkontakte zu pflegen (insb. mit Nachbarinnen und/oder anderen Hausangestellten) und untersagen oder schränken den Kontakt mit ihren Familien im Herkunftsland ein. Einzelne Arbeitgeber sperren sie gar im Haus ein. Je nach Situation kann das dazu führen, dass die Hausangestellten ihres Privatlebens und ihrer Privatsphäre beraubt werden. Die Abhängigkeit wird oft durch die Wegnahme des Passes und weiterer Ausweispapiere erhöht.

Ein weiteres Element der Ausbeutung können *psychische Gewalt und Schikanen* sein. So sind Hausbedienstete in Privathaushalten mitunter Drohungen und Beleidigungen ausgesetzt. Arbeitgeber drohen ihnen beispielsweise mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder mit einer Anzeige bei der Polizei wegen einer (erfundenen) Straftat (z.B. einem Diebstahl). Insbesondere bei ausländischen Angestellten ohne geregelten Aufenthaltsstatus – die Regularisierung obläge meist dem Arbeitgeber – wird unter Umständen gar mit der Verhaftung und Abschiebung durch die Polizei gedroht. Schliesslich kommt es zu *physischer Gewalt* (z.B. Schlägen) und sexueller Nötigung und Ausbeutung (etwa Vergewaltigungen) durch die Arbeitgeberin und den Arbeitgeber. Die Gewalt wird teils bewusst eingesetzt, um die Abhängigkeit und den Gehorsam des Personals zu erhöhen.

In extremen Fällen führt die Kombination der verschiedenen Rechtsverletzungen zu sklavereiähnlichen Verhältnissen²³.

Auch dienstliche Hausangestellte können – je nach den konkreten Umständen – Opfer der vorgenannten Ausbeutungsformen werden. Allerdings stehen

²³ Zwei sklavereiähnliche Arbeitsverhältnisse bei Diplomaten wurden unlängst aus Berlin bekannt: Spiegel online, 26.1.2008, Diplomat hält Angestellte wie Sklavin (indonesische Bedienstete bei einem saudischen Diplomaten) und Sueddeutsche online, 12.10.2011, Sklavenarbeit beim Diplomaten (indonesische Hausangestellte bei einem jemenitischen Diplomaten). Für einen schweren Ausbeutungsfall in der Schweiz siehe NZZ online, 20.9.2011, Saudiarabischer Generalkonsul muss Hausangestellte bezahlen sowie das entsprechende Urteil des BGer (4A_26/2011/4A_30/2011 vom 20.9.2011 betreffend zwei Philippininnen). Von den Medien aufgegriffen wurde auch der Fall eines jungen Inders, der von einem indischen Diplomaten zwischen 1993 und 1996 in der Schweiz wie ein Sklave gehalten worden war. In diesem Fall kam es zu einer (seltenen) strafrechtlichen Verurteilung in Abwesenheit wegen Wucher, Nötigung, Freiheitsberaubung und Entführung, Tagesanzeiger online, 22.11.2010, Ausbeutern unter Diplomaten ist schwer beizukommen. Leibeigenschaft und Zwangsarbeit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 EMRK lagen gemäss dem EGMR in C.N. c. France, 67724/09 (2012) vor (Ausbeutung zweier minderjähriger Nichten durch einen UNESCO-Funktionär; Immunitätsverzicht der UNESCO); siehe für ein Beispiel aus den USA etwa Swarna v. Al-Awadi, 622 F. 3d 123 (2nd Cir. 2010).

bei ihnen gewöhnlich die finanzielle Ausbeutung und das Einfordern ausserordentlicher Arbeitsleistungen im Vordergrund²⁴. Im Übrigen kommen die geschilderten Ausbeutungsszenarien selbstverständlich nicht nur im diplomatischen Kontext vor. Die Situation von Hausbediensteten ausländischer Vertretungen und Diplomaten ist jedoch wegen des durch die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität eingeschränkten Rechtsschutzes im Gaststaat besonders prekär.

IV. Urheber der Rechtsverstösse gegenüber Hauspersonal

Bei privaten Hausbediensteten sind regelmässig die Missionsangestellten (Diplomaten, administratives und technisches Missionspersonal), in deren Haushalt sie leben und arbeiten sowie deren Familienangehörige Urheberinnen und Urheber des ausbeuterischen Verhaltens. Identisch verhält es sich bei Hausbediensteten, die in der Residenz der Missionschefin leben und arbeiten aber vom Entsendestaat angestellt sind.

Bei den dienstlichen Hausangestellten gilt bezüglich der Urheberschaft von ausbeuterischem Verhalten Folgendes²⁵: Die Grösse und Struktur ausländischer Missionen variiert erheblich und reicht von Vertretungen mit einem oder zwei Diplomaten und einer Putzfrau bis hin zu solchen mit einer Vielzahl diplomatischer, administrativer und technischer Angestellter sowie mehreren Hausangestellten. Die unterschiedliche Struktur wirkt sich auch auf die Führung und Betreuung des Hauspersonals aus. In Kleinstmissionen unterstehen die Hausangestellten unmittelbar dem Missionschef beziehungsweise seiner Stellvertreterin. Diese kümmern sich selber um Personalbelange, haben einen relativ intensiven Kontakt zu den dienstlichen Hausangestellten und erteilen ihnen die Anweisungen. Je grösser eine Vertretung ist, desto weniger wird sich namentlich die Missionschefin um das dienstliche Hauspersonal kümmern. Zwar obliegt auch bei grossen Vertretungen die Letztverantwortung diesem gegenüber beim Missionschef. Er wird die Personalführung aber in der Regel an die erste Stellvertreterin delegieren und diese ihrerseits an den Kanzleichef, welcher sich im Tagesgeschäft darum kümmert (Erstellen des Pflichtenhefts, Einsatzpläne, Beaufsichtigung, Anweisungen etc.). Kanzleichef ist gewöhnlich ein Diplomat oder ein Mitglied des konsularischen Personals. Der Umstand, dass die Missionschefin und die diplomatischen

²⁴ Vgl. zur geringeren Gefahr einer Ausbeutung von dienstlichem Hauspersonal auch S. 15.

²⁵ Zur Zurechenbarkeit des ausbeuterischen Verhaltens der unterschiedlichen Urheber an den Entsendestaat und dessen Qualifizierung als dienstliche Tätigkeit siehe S. 116 ff. und 40 ff.

Mitarbeitenden das Hauspersonal in grossen Vertretungen grösstenteils nicht mehr selber betreuen und beaufsichtigen, schliesst nicht aus, dass sie sich ihm gegenüber ausbeuterisch verhalten. Insbesondere der Missionschef kann und wird ihnen mitunter auch weiterhin persönlich gewisse Anweisungen erteilen. Ob und wie oft er dies tut, hängt einerseits von seinem Führungsstil und andererseits auch von der Tätigkeit des Bediensteten ab. Beispielsweise ist es viel wahrscheinlicher, dass der Missionschef seinem privaten Chauffeur Anweisungen erteilt als der Gärtnerin. Bei dieser Gelegenheit kann es zu Rechtsverstössen gegenüber den dienstlichen Hausangestellten kommen (Schikanen, tätliche Übergriffe, rechtswidrige Anordnungen wie bspw. das Verbot, das Missionsgelände an einem Ruhetag zu verlassen). Nicht auszuschliessen ist auch, dass die Missionschefin den Kanzleichef zu rechtswidrigem Verhalten gegenüber dem Hauspersonal anhält, etwa ein zu geringes Entgelt auszuzahlen (zu wenig Lohn, keine Bezahlung von Überstunden) oder übermässige Arbeitsleistungen einzufordern (Überstunden, keine Ferien, keine Ruhezeiten etc.). Der Kanzleichef kann sich aber auch von sich aus fehl verhalten.

Wenngleich ausbeuterisches Verhalten gegenüber dienstlichen Hausangestellten primär von Diplomatinen und Diplomaten und/oder der Kanzleichefin mit konsularischem Status ausgeht, ist nicht auszuschliessen, dass die – in der Hierarchie ebenfalls über dem Hauspersonal stehenden – administrativen und technischen Missionsangestellten gewisse Rechtsverstösse ihnen gegenüber verüben²⁶.

Anders als bei den privaten Hausangestellten spielen Familienangehörige von Diplomaten und weiterem Missionspersonal bei der Ausbeutung von dienstlichem Hauspersonal praktische keine Rolle. Hierfür ist ursächlich, dass sich die Familienangehörigen gewöhnlich nicht in der Mission aufhalten. Möglich ist aber, dass die Partnerin oder der Partner des Missionschefs beziehungsweise der Missionschefin während offizieller Anlässe in der Vertretung dem dienstlichen Hauspersonal Weisungen erteilt und dabei deren Persönlichkeitsrechte verletzt (z.B. Beleidigungen, Schikanen, Schläge).

Auch an grossen Missionen ist kaum denkbar, dass ausbeuterisches Verhalten, soweit es sich nicht um singuläre Vorfälle handelt, gegenüber dienstlichen Hausangestellten ohne Kenntnis des Missionschefs stattfinden kann.

²⁶ Für Beispiele siehe S. 118 ff.

§ 4

Materieller Rechtsrahmen der Tätigkeit als Hausangestellte an Missionen und bei Diplomaten im Gaststaat Schweiz

I. Einführende Bemerkungen

Die Immunität ist – wie zu Beginn dieses ersten Teils erläutert wurde – ein verfahrensrechtliches Instrument, welches die Gerichtsbarkeit unterschiedlicher Länder voneinander abgrenzt und regelt, vor welcher nationalen Justiz ein Rechtsanspruch materiell beurteilt und durchgesetzt werden kann. Keinen (direkten) Einfluss hat sie auf die materielle Verantwortlichkeit der verklagten Partei sowie auf das anwendbare Recht oder eine getroffene Rechtswahl. Das anwendbare Recht gehört daher auch nicht zum Forschungsgegenstand. Um die rechtlichen Implikationen der Ausbeutung von Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat zu veranschaulichen, wird nachfolgend dennoch ein kurzer Überblick über den materiellen Rechtsrahmen präsentiert, in dem sie in der Schweiz zu situieren ist.

II. Massgebliches materielles Recht

Rechtsverstösse gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal ausländischer Vertretungen sowie den privaten Hausbediensteten von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten können eine Vielzahl von Normen berühren²⁷. Welche der nachfolgend genannten Vorschriften auf das Arbeitsverhältnis mit Hausangestellten anwendbar sind, hängt auch vom Arbeitgeber ab. An die Menschenrechte sind grundsätzlich nur Staaten gebunden. Das bedeutet aus Sicht des Arbeitgebers Folgendes: Der Entsendestaat als Arbeitgeber des dienstlichen Hauspersonals hat ihnen gegenüber sowohl die massgeblichen Menschenrechte als auch die anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Im Unterschied dazu sind die Diplomaten und das weitere Missionspersonal grundsätzlich nur an die arbeits-

²⁷ Die meisten Gerichtsverfahren betreffen Geldforderungen für ausstehende Löhne, nicht bezogene Ferien, nicht bezahlte Überstunden, die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Krankheit oder Entschädigungen (Schadenersatz, Genugtuung) für widerrechtliche Kündigungen. Aus der Praxis z.B. BGE 138 III 750; 120 II 400 und CAPH, 1.4.2008, C/20981/2006–5; 7.12.2006, C/36891/1995–5 und 29.10.2004, C/2737/2001.

rechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften, nicht aber an die Menschenrechte gebunden. Von der Frage, welche Rechtspflichten dem Arbeitgeber des dienstlichen und privaten Hauspersonals obliegen, ist ihrerseits die Frage zu unterscheiden, welche insbesondere menschenrechtlichen Verpflichtungen der Gaststaat gegenüber den auf seinem Territorium ausgebeuteten Hausangestellten hat²⁸.

Im Einzelnen kann ausbeuterisches Verhalten auf der völkerrechtlichen Ebene insbesondere gegen internationale Menschenrechte verstossen. Beispielsweise sind Übergriffe, welche die physische und psychische Integrität der Hausbediensteten beeinträchtigen, vom Schutzbereich des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK) erfasst; das Recht auf Familien- und Privatleben (Art. 17 Pakt II und Art. 8 EMRK) ist betroffen, wenn das Hauspersonal am Kontakt mit Familienangehörigen und der Aussenwelt gehindert wird. Die Religionsfreiheit ist berührt, wenn es am Besuch von Gottesdiensten gehindert wird (Art. 18 Pakt II und Art. 9 EMRK). Werden Hausangestellte in extremer Form ausgebeutet und in einem Abhängigkeitsverhältnis gehalten, so kann in Ausnahmefällen gar eine sklavereiähnliche Situation vorliegen, welche vom Verbot der Sklaverei, der Leibeigenschaft und der Zwangsarbeit erfasst ist (Art. 8 Pakt II und Art. 4 EMRK). Schliesslich können die Arbeitsbedingungen des dienstlichen und privaten Hauspersonals im Widerspruch zu Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation stehen. Beispielsweise vermittelt das Übereinkommen Nr. 132 vom 24. Juni 1970 über den bezahlten Jahresurlaub einen Anspruch auf bezahlte Ferien. Für private Hausangestellte ist vorab die ILO-Hausangestelltenkonvention von 2011 relevant²⁹. Sie findet jedoch nicht zwangsläufig in allen Vertragsparteien auch auf privates Hauspersonal von Diplomatinen Anwendung, da gemäss Art. 2 bestimmte Gruppen von Hausbediensteten vom Geltungsbereich ausgeschlossen werden können.

Die Anwendung nationaler Vorschriften auf Arbeitsverhältnisse an ausländischen Missionen sowie auf Diplomatinen und Diplomaten und deren Angestellte ist nur im Rahmen des geltenden Völkerrechts und insbesondere des diplomatischen Rechts zulässig. Die Ausbeutung des dienstlichen³⁰ und privaten

²⁸ Dazu eingehender S. 158 ff.

²⁹ Zum Inhalt dieser Konvention siehe S. 254 f. Das Parlament hat die Konvention im Juni 2014 genehmigt, sodass eine baldige Ratifikation durch die Schweiz zu erwarten ist. Die Botschaft des Bundesrats hält zu ihrer Anwendbarkeit auf private Hausangestellte von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen, fest, dass die Schweiz sie «wahrscheinlich nicht vom Geltungsbereich des Abkommens ausschliessen» werde. BUNDESRAT, Botschaft zum Übereinkommen (Nr. 189) der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, 2011 vom 28.8.2013, in BBl 2013 6927, S. 6937.

³⁰ Die nachfolgenden Erörterungen zum anwendbaren Recht auf nationaler Ebene und zur Zulässigkeit einer Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung beziehen sich nur auf privatrechtlich beschäftigtes Hauspersonal. Beim dienstlichen Hauspersonal ist eine öffent-

Hauspersonals kann – sofern sie nach Schweizer Recht zu beurteilen ist³¹ – namentlich folgende Vorschriften verletzen: Sie verstösst zunächst regelmässig gegen arbeitsvertragliche Vereinbarungen und sodann gegen die massgeblichen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Im Vordergrund stehen in der Schweiz die Bestimmungen des Obligationenrechts zum Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) sowie zusätzlich bei dienstlichen Hausangestellten das nationale Arbeitsgesetz³² und bei den privaten Hausangestellten die Verordnung über die privaten Hausangestellten. Im Einzelnen besteht – je nach Art der Ausbeutung – vorab ein Widerspruch zur Lohnzahlungs- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Im Rahmen der Fürsorgepflicht hat dieser insbesondere die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen (Art. 328 OR)³³. Zum Inhalt der Persönlichkeitsrechte zählen unter anderem das Leben, die körperliche, psychische und sexuelle Unversehrtheit, die Gesundheit, die Bewegungsfreiheit, die Pflege der Beziehung zur Familie sowie von Freundschaften, die Privatsphäre, die Ehre oder das Recht zur gewerkschaftlichen Organisation. Entsprechend hat der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin Eingriffe in diese Persönlichkeitsgüter zu unterlassen, soweit sie nicht durch den Zweck des Arbeitsvertrags gerechtfertigt

lichrechtliche Anstellung nicht *per se* ausgeschlossen (vgl. BGer 4A_570/2013 vom 4.6.2014, E. 4.4). Diesfalls gilt, dass staatliche Gerichte in der Regel ausländisches öffentliches Recht nicht direkt durchsetzen (BGE 91 II 117, E. II/7a; STAKER, Jurisdiction, S. 331; vgl. auch E. 3.2, 4.2 und 4.4 des vorgennanten BGer). Allerdings sind nationale Gerichte an eine Qualifikation als öffentliches oder privates Recht in einem anderen Land nicht gebunden (CAPH, 5.12.2002, C/2737/2001–5, E. B/22 ff., insb. 27). Zur Bedeutung einer öffentlichrechtlichen Anstellung für die Geltung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität siehe S. 47 f. Die Frage nach der Geltung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität (Unterscheidungskriterium: hoheitlicher/nicht hoheitlicher Akt) ist von der Frage nach dem anwendbaren Recht zu unterscheiden. Bei letzterer ist gegebenenfalls zu beantworten, ob es sich – aus der Perspektive des Gerichtsstaats – um ein öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis handelt. In diesem Zusammenhang stellt sich sodann die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte im Gaststaat. Grundlegend zum Verhältnis der Kompetenz *ratione materiae* und der Immunität CHRISTIAN DOMINICÉ, Observations sur les contentieux des organisations internationales avec des personnes privées, in AFDI 1999, S. 623–648, insb. 628 ff.; vgl. ferner BGer 4A_570/2013 vom 4.6.2014, E. 4.2.1 und 4.4.

³¹ Zur internationalen Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht siehe gleich anschliessend S. 23 ff.

³² Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.3.1964 (ArG), SR 822.11 und Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10.5.2000 (ArGV 1), SR 822.111. Das Arbeitsgesetz gilt nach Art. 3 und Art. 8 Abs. 1 lit. a und b ArGV 1 für das Personal von ausländischen Vertretungen nur soweit es keine hoheitlichen Funktionen ausübt und nicht in einem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis zum Entsendestaat steht. Nicht anwendbar ist es auf Privathaushalte (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG) und damit auf Hauspersonal von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten.

³³ BGE 132 III 257, E. 5.1 f.; 112 II 138, E. 3b. Siehe auch Art. 29 PHV.

sind, und darüber hinaus die Angestellten auch vor persönlichkeitsverletzenden Eingriffen durch Dritte (Vorgesetzte, Mitarbeitende) zu schützen. Die Arbeitgeberin hat die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit solche Übergriffe unterbleiben oder beendet werden³⁴. Beim Hauspersonal an ausländischen Missionen steht aus Sicht des Arbeitgebers (Entsendestaats) die Schutzpflicht im Vordergrund, da Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte primär von einzelnen Missionsangestellten ausgehen. Soweit der Entsendestaat die nötigen Vorkehrungen und Massnahmen unterlässt – insbesondere auch wenn er Kenntnis von der Ausbeutung und unzumutbaren Arbeitsbedingungen hat oder haben muss und untätig bleibt –, haftet er und wird gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal schadenersatz- und genugtuungspflichtig³⁵.

Neben den Vorschriften des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und der Verordnung über die privaten Hausangestellten kann die Ausbeutung von Hauspersonal auch gegen Spezialgesetze verstossen, wie zum Beispiel das Gleichstellungsgesetz (GlG) oder die Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen³⁶, deren Vorgaben auch die Chauffeurinnen diplomatischer Vertretungen einzuhalten haben³⁷.

Bestimmte Rechtsverletzungen sind zudem strafrechtsrelevant. Dies gilt namentlich, wenn Hauspersonal Opfer physischer oder sexueller Gewalt wird³⁸. Ferner erfüllt etwa die krasse finanzielle Ausbeutung von Hauspersonal den Tatbestand des Wuchers³⁹.

III. Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtswahl

Zwischen dem dienstlichen Hauspersonal an ausländischen Missionen und dem Entsendestaat besteht ein internationales Arbeitsverhältnis. Folglich kommt – soweit es privatrechtlicher Natur ist – grundsätzlich das Kollisionsrecht zur Anwendung⁴⁰. Mangels einer spezifischen Vereinbarung sind daher die Schweizer

³⁴ Zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberschaft siehe z.B. PORTMANN, Art. 328.

³⁵ PORTMANN, Art. 328, Rz. 20.

³⁶ ARV 2 vom 6.5.1981, SR 822.222.

³⁷ CAPH, 29.10.2004, C/2737/2001–5, E. A/6 und 8.

³⁸ Vgl. z.B. BGer 4C.94/2003 vom 23.4.2003, E. 5.2.

³⁹ BGE 130 IV 106.

⁴⁰ Siehe etwa BGer 4A_292/2012 vom 16.10.2012, E. 2.2 (BGE 138 III 750, nicht publ. E. 2.2); CAPH, 7.7.2011, C/11638/2008–5, E. 3.2 und VISCHER/HUBER/OSER, Vertragsrecht, Rz. 775. Kritisch gegenüber dem geltenden Verständnis, das die Internationalität eines Arbeitsverhältnisses grosszügig bejaht: WERNER GLOOR, Contrat de travail international, juridictions compétentes, in AJP 1996, S. 1507–1517, Ziff. 17 ff. und

Gerichte zuständig, weil die Arbeitsleistung hier erbracht wird (Art. 115 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 19 Ziff. 2 lit. a LugÜ) und die Streitigkeit ist grundsätzlich nach Schweizer Recht zu beurteilen (Art. 18 Abs. 2 und 3 V-GVG; vgl. auch Art. 121 Abs. 1 IPRG)⁴¹.

Den Parteien eines internationalen Arbeitsvertrags steht es prinzipiell frei durch eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 5 IPRG, Art. 21 LugÜ) beziehungsweise Rechtswahl die Gerichte des Entsendestaats für zuständig und dessen Recht für anwendbar zu erklären (Art. 18 Abs. 2 und 3 V-GSG i.V.m. Art. 121 Abs. 3 IPRG). Streitigkeiten zwischen dem dienstlichen Hauspersonal und ihren Entsendestaaten sind diesfalls nicht oder nicht primär nach Schweizer Recht zu beurteilen⁴². Dabei gilt allerdings, dass der Schweizer Gerichtsstand nicht missbräuchlich entzogen werden darf⁴³. Zudem kann die Geltung zwingender Schutzvorschriften des Schweizer Arbeitsrechts nicht durch Rechtswahl ausgeschlossen werden, sodass diese auch zu berücksichtigen sind, wenn die Parteien das Recht des Entsendelands als anwendbares Recht gewählt haben⁴⁴. Nicht vertraglich wegbedungen werden kann die Schweizer Strafgesetzgebung, welche

DERS., Employer States, Ziff. 21 ff. m.H. auf abweichende Gerichtsurteile. SBOLCI zeigt auf, dass das Völkergewohnheitsrecht kaum Vorgaben über das auf Arbeitsverhältnisse mit ausländischen Staaten anwendbare Recht macht (Controversie di lavoro, S. 312 ff.).

⁴¹ BGer 4A_292/2012 vom 16.10.2012, E. 2.2 (BGE 138 III 750, nicht publ. E. 2.2); BGer 4C.460/1999 vom 18.4.2000, E. 1b. Zum Ganzen auch KRAEGE, Sonderregelungen, insb. Rz. 5.67 f. und 5.81. Bezüglich der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts für Streitigkeiten aus unerlaubter Handlung siehe insb. Art. 129, Art. 132 und Art. 133 Abs. 3 IPRG.

⁴² Aus der Praxis z.B. BGer 4A_292/2012 vom 16.10.2012, E. 2.2 (BGE 138 III 750, nicht publ. E. 2.2) und CAPH, 22.5.2008, C/29369/2001–4, E. 6.1. Das LugÜ lässt Gerichtsstandsvereinbarungen dagegen aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes nur unter sehr restriktiven Bedingungen zu (Art. 21).

⁴³ Art. 5 Abs. 1 und 2 IPRG sowie Art. 21 LugÜ. Zur Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen CAPH, 7.12.2006, C/36891/1995–5, E. 5.2 f. m.H.

⁴⁴ Siehe für eine Anwendung von Schweizer Normen trotz Rechtswahl in einer Streitigkeit zwischen dem Entsendeland mit einer in der Residenz des Missionschefs tätigen, aber vom Entsendestaat angestellten Bediensteten z.B. BGE 138 III 750, insb. E. 2.5. Welche Vorschriften auch bei einer Rechtswahl zwingend anzuwenden sind, ist nicht abschliessend geklärt. Siehe dazu VISCHER/HUBER/OSER, Vertragsrecht, Rz. 796 ff., GLOOR, Employer States, Ziff. 33, THOMAS GEISER, Art. 1, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Handkommentar, Bern 2005, Rz. 31 und CAPH, 12.4.2012, C/12307/2008–5, E. 2.2.2.1 ff. Ist Schweizer Recht anwendbar, kommen namentlich folgende Normen des OR zwingend zur Anwendung (vgl. Art. 361 f.): Die Entgeltlichkeit der Arbeit (Art. 322), die Überstundenentschädigung (Art. 321c), die Haftungsbeschränkung (Art. 321e), der Persönlichkeitsschutz (Art. 328), der Anspruch auf vier Wochen bezahlte Ferien (Art. 329a und d), die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall (Art. 324a und b) und der zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336c). Hinzu kommen die Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes (ArG).

auf alle in der Schweiz begangenen Straftaten anwendbar ist (Art. 3 Abs. 1 StGB⁴⁵).

Anders als Arbeitsverträge mit dem dienstlichen Hauspersonal untersteht das Arbeitsverhältnis zwischen privaten Hausangestellten und Diplomatinen oder anderem Missionspersonal zwingend dem Schweizer Recht (Art. 28 Abs. 1 PHV)⁴⁶.

⁴⁵ Vgl. BGE 109 IV 156.

⁴⁶ Siehe auch CAPH, 12.4.2012, C/12307/2008–5, E. 2.2.3.1.

§ 5

Zusammenfassung: Problemstellung und Rechtsrahmen der Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten

Unter «Ausbeutung» von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten werden in dieser Studie die gegenüber diesen Personen im Arbeitsumfeld begangenen Rechtsverletzungen wie namentlich Verstösse gegen ihrer Arbeitnehmer- oder Menschenrechte verstanden. Der Begriff «Ausbeutung» wird dabei auf das ganze Spektrum von leichten Rechtsverletzungen wie zum Beispiel das Nichtbezahlen einzelner Überstunden bis hin zu schwersten Verstössen wie physischen Übergriffen und krasser finanzieller Vorteilsnahme durch die Arbeitgeberin angewandt.

Das Völkerrecht unterscheidet zwischen privaten Hausbediensteten von Diplomaten und anderem Missionspersonal und den dienstlichen Hausangestellten der ausländischen Vertretungen. Arbeitgeberin der privaten Hausbediensteten ist die Privatperson, in deren Haushalt sie tätig ist (Diplomatin, administrative und technische Missionsangestellte). Das dienstliche Hauspersonal verrichtet seine Aufgaben in der Vertretung und hat den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat geschlossen. Die Qualifizierung als private oder dienstliche Hausangestellte bestimmt, gegen wen ein Ausbeutungsoffer gerichtlich vorgehen kann und damit zugleich, ob die Staatenimmunität oder die diplomatische Immunität massgeblich ist: Zivilklage gegen den Entsendestaat kann nur dienstliches Hauspersonal erheben, soweit dem Entsendestaat das ausbeuterische Verhalten seiner (diplomatischen, administrativen oder technischen) Angestellten zurechenbar ist oder er gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal Schutzpflichten verletzt hat. Private Hausangestellte können den Entsendestaat nicht verklagen, da er nicht ihr Arbeitgeber ist. Eine Zivil- und gegebenenfalls auch Strafklage gegen die fehlbaren Individuen (Diplomaten und Familienangehörige, administratives und technisches Missionspersonal) können grundsätzlich dienstliche und private Hausangestellte erheben.

Bei Rechtsverletzungen gegenüber dienstlichen und privaten Hausangestellten am Arbeitsplatz können die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität den Rechtsschutz im Gaststaat einschränken. Die Staatenimmunität kann in gegen den Entsendestaat geführten Zivilprozessen relevant werden, die diplomatische Immunität der Diplomatinen und des weiteren Missionspersonals in gegen diese Individuen angestregten Straf- und Zivilverfahren. Die beiden

Immunitäten haben eine unterschiedliche Rechtsgrundlage und Reichweite. Folglich sind auch ihre Auswirkungen auf den Rechtsschutz des dienstlichen und privaten Hauspersonals unterschiedlich.

Geniesst der beklagte Staat oder die beklagte Person Immunität, so besteht ein Prozesshindernis und eine materielle Beurteilung der geltend gemachten Rechtsansprüche ist im Gaststaat ausgeschlossen. Sofern der Entsendestaat nicht auf die Immunität verzichtet, bleibt den Hausangestellten grundsätzlich nur die Möglichkeit, um Rechtsschutz im Entsendestaat nachzusuchen, da die Immunität nur vor ausländischen Gerichten wirkt.

2. Teil

Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen im Gaststaat Schweiz

§ 6

Einführende Bemerkungen zur Staatenimmunität

Dienstliche Hausangestellte der Mission werden vom Entsendestaat beschäftigt und haben deshalb grundsätzlich die Möglichkeit, ihn zivilrechtlich zu verklagen. Vorausgesetzt ist, dass ihm die ihnen gegenüber durch andere Missionsangestellte begangenen Rechtsverletzungen zuzurechnen sind oder der Entsendestaat ihnen gegenüber Schutzpflichten vernachlässigt hat. In Gerichtsverfahren gegen andere Länder greift grundsätzlich die Staatenimmunität⁴⁷.

In diesem zweiten Teil der Studie geht es darum, die Auswirkungen der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals ausländischer Missionen im Gaststaat aufzuzeigen. Im Völkerrecht existieren mit der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität, dem Europäischen Staatenimmunitätsabkommen (ECSI) und der 2004 geschlossenen, aber noch nicht in Kraft getretenen UNO-Staatenimmunitätskonvention (UNCSI) mehrere Immunitätsregime, welche sich zwar in den Einzelheiten teils unterscheiden aber über eine gemeinsame Grundstruktur und Wirkungsweise verfügen. In diesem Einleitungsparagrafen werden daher die Grundbegriffe und wesentlichen Merkmale der Staatenimmunität dargestellt, während die § 7–9 die Folgen der einzelnen Immunitätsregime für den Rechtsschutz des Hauspersonals diplomatischer Missionen im Gaststaat Schweiz behandeln.

I. Inhalt der Staatenimmunität und Abgrenzungen

Die völkerrechtliche Staatenimmunität schirmt Staaten und ihr Eigentum von der Gerichtsbarkeit und staatlichen Zwangsmassnahmen in anderen Ländern

⁴⁷ Neben den Hausangestellten der ausländischen Missionen können ausnahmsweise auch im Haushalt von Diplomatinen tätige Hausbedienstete den Entsendestaat zivilrechtlich verklagen, sodass sich die Frage nach der Geltung der Staatenimmunität stellt. Dies gilt allerdings nur, wenn sie den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat geschlossen haben, was auf einen Teil der im Haushalt der Missionschefs tätigen Bediensteten zutrifft.

ab⁴⁸. Sie umfasst die Gerichtsbarkeits- und die Vollstreckungsimmunität. Die Gerichtsbarkeitsimmunität erstreckt sich auf die Zivil-, Verwaltungs- und Strafgerichtsbarkeit: Soweit sie gilt, kann ein fremder Staat (bzw. seine Organe für ihr dienstliches Verhalten) demnach für sein Tun und Unterlassen in anderen Ländern nicht gerichtlich belangt werden. Während die Gerichtsbarkeitsimmunität ursprünglich die gesamte staatliche Tätigkeit erfasste (absolute Immunität), hat sich mittlerweile das Konzept der beschränkten Immunität durchgesetzt⁴⁹: Staaten sind demnach nurmehr in ihrem hoheitlichen Handeln (*acta iure imperii*), nicht aber für ihr nicht hoheitliches Handeln (*acta iure gestionis*), von der Gerichtsbarkeit im Ausland befreit. Die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und privaten Handlungen wird grundsätzlich nach dem Recht des Gerichtsstaats vorgenommen⁵⁰, wobei als Abgrenzungskriterium die Natur der Handlung im Vordergrund steht⁵¹. Zu den nicht hoheitlichen Tätigkeiten zählen beispielsweise Kauf-, Miet- oder Werkverträge oder wirtschaftliche Aktivitäten (Teilnahme am Wettbewerb) von Staaten. Zu den *acta iure imperii* gehören dagegen etwa militärische Aktivitäten oder Enteignungen⁵².

Die Vollstreckungsimmunität schirmt ausländische Staaten über die Gerichtsbarkeitsimmunität hinaus zusätzlich gegenüber der Hoheitsgewalt des Gerichtsstaats (und der Durchsetzung von privaten Ansprüchen) ab. Dass ein nationales Gericht gegen ein anderes Land im Bereich seines nicht hoheitlichen Handelns ein Urteil gefällt hat, bedeutet daher nicht automatisch, dass die gerichtlich anerkannten Ansprüche auch durchgesetzt werden können. Vollstreckungs- und Sicherungsmassnahmen (z.B. Pfändung und Arrest) sind gemäss den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln sowie nach dem UNO-Staatenimmunitätsübereinkommen grundsätzlich nur gegen staatliche Güter zulässig, die nicht hoheitlichen Zwecken dienen. Unterscheidungskriterium ist bei der Vollstreckungsimmunität demnach der Zweck des Staatsvermögens⁵³. Die Abgrenzung gestaltet sich in der Praxis teils schwierig. Zu den Vermögenswerten mit

⁴⁸ Für eine Einführung siehe z.B. MPEPIL, «State Immunity» oder IPSEN, Völkerrecht, S. 178 ff.

⁴⁹ Zur Entwicklung der Staatenimmunität DAMIAN, Staatenimmunität, S. 4–10 m.H. und MPEPIL, «State Immunity», Ziff. 4–12; mit eingehender Erörterung der unterschiedlichen Lehrmeinungen bis ins 20. Jahrhundert: GMÜR, Gerichtsbarkeit, insb. S. 5–87.

⁵⁰ WERNER GLOOR, Commentaire de l'ATF 134 III 570, in ARV 2009, S. 24–33, 29 mit vielen Belegen. Das bedarf allerdings der Präzisierung, dass die Staaten dabei nicht frei sind, sondern – soweit sich völkergewohnheitsrechtliche Regeln gebildet haben – diese zu berücksichtigen haben. Siehe z.B. X. v. Argentina, 114 ILR 502, S. 505.

⁵¹ Mehr dazu bei der Besprechung der unterschiedlichen Staatenimmunitätsregime in § 7–9.

⁵² Für Beispiele aus der Praxis verschiedener Länder siehe WITTICH, Commercial Acts, S. 41 ff.

⁵³ Vgl. Art. 18 ff. UNCSI. Für mehr Informationen zur Vollstreckung siehe die Erörterungen

hoheitlichem Zweck werden jedenfalls regelmässig die Guthaben ausländischer Zentralbanken⁵⁴, Militärgüter (z.B. Kriegsschiffe), die Gebäude staatlicher Kulturinstitute im Ausland⁵⁵ sowie Gebäude und Einrichtungen von diplomatischen Missionen⁵⁶ und deren Konten, soweit sie für die Bezahlung der laufenden Missionsausgaben verwendet werden, gezahlt. Dies gilt ebenfalls für allgemeine Botschaftskonten, mit denen auch Zahlungen für nicht hoheitliche Ausgaben getätigt werden (gemischte Konten)⁵⁷. Als zulässig erachtet werden dagegen in den meisten Ländern Vollstreckungsmassnahmen in staatliches Eigentum und staatliche Vermögenswerte, die spezifisch für kommerzielle (nicht hoheitliche) Transaktionen ausgesondert wurden (z.B. spezielle Konten)⁵⁸.

Der klassische Anwendungsfall der Staatenimmunität liegt in Verfahren, die gegen ausländische Staaten geführt werden. Daneben findet sie in ihrer Ausprägung als sogenannte Amtsträgerimmunität (oder Organimmunität) aber auch in gegen einzelne Staatsbedienstete gerichteten Prozessen Anwendung, soweit dienstliche, also für den Staat vorgenommene Handlungen in Frage stehen. Das heisst, die Amtsträgerimmunität erstreckt sich ausschliesslich auf dienstliche Handlungen. Ohne Amtsträgerimmunität könnte die Immunität ausländischer Staaten unterlaufen werden, indem an ihrer Stelle die Angestellten für dienstliche Handlungen verklagt werden⁵⁹.

zu den verschiedenen Vollstreckungsregimen auf S. 51 ff. (Gewohnheitsrecht), 55 (ECSI) und 68 ff. (UNCSI).

⁵⁴ Differenzierend aber die Schweizer Praxis siehe BGE 111 Ia 62 und BGer 5A.92/2008 vom 25.6.2008.

⁵⁵ Vgl. IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 118 f.

⁵⁶ Das Verbot von Vollstreckungsmassnahmen gegen die Mission und ihre Einrichtungen ist im WÜD festgeschrieben (Art. 22 Abs. 3) und gilt auch für die ständigen Missionen in Genf; Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht vom 18.2.2009, in LUZIUS CAF-LISCH, La pratique suisse en matière de droit international public 2009, in SZIER 2010, S. 511–573, 526.

⁵⁷ Zur Zwangsvollstreckung in Botschaftskonten z.B. YANG, State Immunity, S. 407 ff.

⁵⁸ REINISCH, Enforcement Measures, insb. S. 161 und 166.

⁵⁹ Bezüglich der Amtsträgerimmunität bestehen verschiedene offene Fragen: *Erstens* ist ihr Verhältnis zu den Immunitäten *ratione materiae* des Diplomaten- und Konsularrechts (WÜD und WÜK) weitgehend unklar. Nach Auffassung des BVerfG können sich Mitglieder diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen nicht subsidiär auf die allgemeine Amtsträgerimmunität berufen, da die diplomatische Immunität als *lex specialis* die Immunitäten der dem WÜD unterstehende Personen abschliessend regle (BVerfGE 96, 68 [91]). Diese Meinung überzeugt – wie Kreiker sehr sorgfältig begründet – bei näherer Betrachtung nicht (Exemtionen, S. 550 ff. und 611 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Folglich schliesst der Umstand, dass die Rechtsstellung von Missionsangestellten (auch) im WÜD geregelt ist, nicht von vornherein aus, dass sie sich ebenfalls auf die Amtsträgerimmunität berufen können. Praktisch ist die Frage indes nicht sehr be-

Die Staatenimmunität ist nicht zu verwechseln mit anderen Arten völkerrechtlicher Immunitäten wie insbesondere der diplomatischen Immunität (von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten), der Immunität von Staatsoberhäuptern oder der Immunität internationaler Organisationen⁶⁰. Trotz enger Bezüge zwischen den verschiedenen Immunitäten bestehen Unterschiede namentlich hinsichtlich Inhalt, Rechtsgrundlage und Zweck.

II. Begründung und Zweck

Begründet wird die Staatenimmunität heute überwiegend mit der staatlichen Souveränität⁶¹: Kraft dieser verfügen die Staaten über die Kompetenz zur hoheitli-

deutsam, da die Immunitäten nach dem WÜD meist mindestens deckungsgleich sind mit der Amtsträgerimmunität oder gar darüber hinaus gehen. *Zweitens* bestehen Unsicherheiten bezüglich der *Reichweite der Amtsträgerimmunität* (grundsätzlich zur Thematik HAZEL FOX, Functions of State Officials and the Restrictive Rule of State Immunity, in Perspectives of International Law in the 21st Century, Liber Amicorum Professor Christian Dominicé, Leiden etc. 2012, S. 127–145). Nach einer ersten Auffassung erstreckt sie sich nur auf *hoheitlich* dienstliche Handlungen (der Staatsangestellten). Entsprechend ist die Amtsträgerimmunität der einzelnen Staatsbediensteten deckungsgleich mit der Staatenimmunität, welche mittlerweile auf hoheitliche Handlungen beschränkt ist; so z.B. KREIKER, Exemtionen, S. 65, 139 f. und 555 m.H. Gemäss einer zweiten Auffassung erfasst die Amtsträgerimmunität alle dienstlichen, d.h. dem Entsendestaat zurechenbaren Handlungen (inkl. nicht hoheitliche dienstliche Akte) und geht demnach weiter als die Immunität des Staats (siehe z.B. ILC, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction vom 10.6.2010, Special Rapporteur Kolodkin, UN Doc. A/CN.4/631, Ziff. 28; AKANDE/SHAH, State Officials, S. 827 und VAN ALEBEEK, National Courts, S. 35 je m.H.). Soll die Amtsträgerimmunität (und die diplomatische Immunität *ratione materiae*) auch dazu beitragen, dass ein Verfahren gegen den richtigen Akteur, d.h. den für die in Frage stehende Handlung verantwortlichen Akteur geführt wird, erweist sich der zweite Ansatz, wonach die Amtsträgerimmunität *alle* Diensthandlungen von Staatsbediensteten abdeckt als überzeugender. Nimmt eine Staatsbedienstete dienstliche Aufgaben wahr, handelt sie als Organ des Staats, weshalb dafür auch primär dieser und nicht die Angestellte die Verantwortung zu tragen hat und sich ein Zivilprozess daher auch richtigerweise gegen den Staat richten sollte. Konsequenterweise wäre auf Zivilklagen gegen Staatsbedienstete betreffend Diensthandlungen – entgegen der herrschenden Praxis – mangels Passivlegitimation gar nicht einzutreten (vgl. auch ANDREW SANGER, Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State, in ICLQ 2013, S. 193–224, 200 m.H.).

⁶⁰ Zur Abgrenzung von Staatenimmunität und diplomatischer Immunität MARCELO G. KOHEN, The Distinction between State Immunity and Diplomatic Immunity, in Council of Europe/Hafner/Kohen, State Practice, S. 48–57.

⁶¹ Weiterführend zur Begründung z.B. PINGEL-LENUZZA, Immunités, Ziff. 10–30; GMÜR, Gerichtsbarkeit, insb. S. 62 ff. und HERSCH LAUTERPACHT, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, in BYIL 1951, S. 220–272; IGH, Jurisdictional Immunities of

chen Ausübung der Staatsmacht und der Gerichtsbarkeit über Streitigkeiten namentlich betreffend die eigene Verwaltungstätigkeit. Die Souveränität weist einen äusseren und einen inneren Aspekt auf. Äussere Souveränität meint, dass ein Land nur dem Völkerrecht und nicht der Hoheitsmacht eines anderen Staats untersteht. Innere Souveränität bedeutet das Recht eines Staats, die alleinige Hoheitsmacht über das eigene Territorium auszuüben. Dass den Staaten keine Gerichtsbarkeit über die hoheitliche Tätigkeit anderer Länder zusteht und sie keinen Zwang gegen das hoheitliche Eigentum ausüben können, ist Ausdruck des völkerrechtlichen Gebots der Nichteinmischung⁶² und entspricht auch dem Grundsatz, wonach die Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten (insb. mittels gerichtlicher Institutionen) grundsätzlich nur mit Zustimmung der betroffenen Länder erfolgen kann. Obschon sich die Staatenimmunität aus der staatlichen Souveränität herleiten lässt, gibt Letztere keine Antwort darauf, in welchem Umfang Immunität gewährt werden soll: Denn Ausdruck staatlicher Souveränität ist es nicht nur, von der Gerichtsbarkeit anderer Länder befreit zu sein, sondern auch über Sachverhalte im eigenen Territorium die Gerichtsbarkeit auszuüben. Somit bewegt sich die Staatenimmunität im Spannungsfeld zweier gegenläufiger Aspekte der Souveränität⁶³: Während die Immunität die Souveränität desjenigen Staats befördert, der sich darauf berufen kann, beschneidet sie zugleich jene des Staats, der an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit gehindert wird. Es bedarf daher einer wertenden Entscheidung, ob *ein* Aspekt der Souveränität Vorrang geniessen oder mittels einer inhaltlichen Beschränkung der Staatenimmunität ein Ausgleich der gegenläufigen Anliegen erreicht werden soll. Die Souveränität ist seit Anbeginn ein wichtiges Begründungselement der Staatenimmunität. Dabei sollte indes nicht übersehen werden, dass sich der Begriff der Souveränität vor allem im 20. Jahrhundert erheblich gewandelt und nur mehr wenig mit dem traditionellen Souveränitätsdenken gemein hat. Ausdruck hiervon ist vor allem der Umstand, dass es immer weniger Bereiche gibt, in denen Staaten unabhängig agieren können und in denen ihnen aus dem Völkerrecht und namentlich den Menschenrechten keine Vorgaben erwachsen. Zudem umfasst die Staatenimmunität nicht mehr jegliches staatliche Handeln, sondern nur noch das hoheitliche, wobei auch insoweit bereits Ausnahmen zu verzeichnen sind⁶⁴.

the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 57 und *separate opinion* Richter Keith, Ziff. 2. Kritisch gegenüber den gängigen Begründungen der Immunität YANG, State Immunity, S. 44 ff. und ROBERT JENNINGS/ARTHUR WATTS (Hrsg.), Oppenheim's International Law, 9. Aufl., Harlow, 1992, § 109.

⁶² Art. 2 Ziff. 1 UNO-Charta.

⁶³ IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 57.

⁶⁴ Vgl. zur Veränderung und Relativierung des Souveränitätsbegriffs etwa KRAJEWSKI/SINGER, Front-Runners, insb. S. 6 ff.

Als Grund für die Staatenimmunität wird häufig auch der Grundsatz *par in par non habet imperium* und damit das Gleichheitsprinzip angeführt. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, dass diesem Prinzip grundsätzlich auch Genüge getan wäre, wenn auf die Staatenimmunität verzichtet und sich alle Länder der Gerichtsbarkeit (und Vollstreckungsmassnahmen) anderer Länder zu unterziehen hätten⁶⁵. Das Gleichheitsprinzip behält aber insofern eine gewisse Relevanz für die Begründung der Staatenimmunität, als nicht sichergestellt ist, dass die Gerichtsbarkeit bezüglich Umfang und Qualität (Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze, insb. Unabhängigkeit der Justiz) in den einzelnen Ländern weitgehend vergleichbar ist. Solchen Unterschieden lässt sich praktisch kaum anders als mit einer weit gefassten Staatenimmunität begegnen.

Die Staatenimmunität soll den Staaten ermöglichen, ihre Aufgaben ungestört und effektiv wahrzunehmen. Sie ist zudem ein Instrument, um zwischenstaatliche Konflikte zu vermeiden sowie dadurch stabile und friedliche internationale Beziehungen zu erleichtern. Ferner wirkt sie als Prinzip zur Strukturierung der internationalen Beziehungen, indem sie die nationalen Gerichtsbarkeiten voneinander abgrenzt und Streitigkeiten einem bestimmten Forum zuweist⁶⁶. Die Staatenimmunität steht nicht nur in einem Spannungsverhältnis zur territorialen Hoheitsgewalt, sondern auch zur Rechtsstaatlichkeit⁶⁷, welche unter anderem verlangt, dass staatliches Handeln einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden kann. Die Immunität führt häufig dazu, dass Individuen, die mit einem fremden Staat ein Rechtsverhältnis eingehen, praktisch rechtlos werden⁶⁸: Sie können – obwohl das Rechtsverhältnis territorial kaum einen Bezug zu diesem Land aufweist – nur noch vor dessen Gerichten gegen dieses vorgehen, was vielfach nicht nur unpraktisch, sondern auch illusorisch ist.

III. Rechtsgrundlagen und Wirkung

Die völkerrechtliche Staatenimmunität beruht bis heute im Wesentlichen auf Gewohnheitsrecht. Erst 2004 gelang es nach langjährigen Vorarbeiten mit dem UNO-Übereinkommen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit (UNO-Staatenimmunitätskonvention, UNCSI) ein

⁶⁵ DAMIAN, Staatenimmunität, S. 15 m.H.

⁶⁶ Vgl. dazu auch FOX/WEBB, State Immunity, S. 1 und KOLB/JARDIM, Immunités juridictionnelles, S. 245.

⁶⁷ Dazu GEORG DAHM/JOST DELBRÜCK/RÜDIGER WOLFRUM, Völkerrecht, Bd. I/1, Die Grundlagen. Die Völkerrechtssubjekte, 2. Aufl., Berlin etc. 1989, S. 456 f.

⁶⁸ Dieser Problematik und möglichen Lösungsvorschlägen widmen sich Teile 4 und 5 dieser Arbeit.

(potentiell) universelles Abkommen zu verabschieden. Die UNO-Staatenimmunitätskonvention ist noch nicht in Kraft getreten. Auf regionaler Ebene wurde zudem 1972 das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität (ECSI) geschlossen, welches 1976 in Kraft getreten ist. Sein Geltungsbereich ist jedoch auf acht Länder beschränkt geblieben.

Die Umsetzung und Anwendung der völkergewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität erfolgt ganz überwiegend durch nationale Gerichte. Einige Länder haben zudem Staatenimmunitätsgesetze erlassen. Das Völkergewohnheitsrecht regelt nicht alle Aspekte der Staatenimmunität abschliessend, sondern gibt vor allem die Grundlinien vor. Soweit sich zu einem spezifischen Aspekt keine völkergewohnheitsrechtliche Regelung herausgebildet hat, geniessen die Staaten bei der Lösungsfindung im Rahmen der völkergewohnheitsrechtlichen Vorgaben über einen gewissen Freiraum. Allerdings erweist es sich als nicht immer einfach den völkergewohnheitsrechtlichen Gehalt zu eruieren, da bei der Staatenimmunität eine kaum zu überblickende, überaus reiche und heterogene nationale Rechtsprechung (teils auch Gesetzgebung) besteht⁶⁹. Diese Unsicherheit betrifft bei der Gerichtsbarkeitsimmunität auch arbeitsrechtliche Streitigkeiten⁷⁰ und allgemein die genaue Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *gestionis* und die dafür massgeblichen Kriterien. Bei der Vollstreckungsimmunität bestehen Unklarheiten vor allem betreffend die hoheitliche Zweckbestimmung von Vermögenswerten. Zum völkergewohnheitsrechtlichen Gehalt der Staatenimmunität von der Gerichtsbarkeit dürfte mittlerweile das Konzept der beschränkten Immunität⁷¹ und damit auch die Unterscheidung in *acta iure imperii* und *gestionis* sowie gewisse Kernbereiche dieser beiden Kategorien oder etwa auch die Möglichkeit des Verzichts auf die Staatenimmunität gehören. Bei der Vollstreckungsimmunität dürfte sich jedenfalls ihre Beschränkung auf die hoheitlichen

⁶⁹ Für eine rechtsvergleichende Studie zur europäischen Staatenpraxis siehe COUNCIL OF EUROPE/HAFNER/KOHEN, State Practice; Belege zur Praxis der Europaratsstaaten betreffend die Staatenimmunität finden sich zudem in der Datenbank des CAHDI zur Staatenimmunität auf www.coe.int/web/cahdi, Rubriken: Databases/Immunities (eingesehen am 1.5.2014). Für eine Zusammenstellung massgeblicher Materialien auf universeller Ebene siehe UN, Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Properties, United Nations Legislative Series, New York 1982, ST/Leg/Ser.B/20. Zahlreiche Hinweise auf die nationale Praxis und Gesetzgebung zur Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten finden sich auch bei FOAKES/O'KEEFE, Art. 11, S. 186 ff.

⁷⁰ Zur diesbezüglichen Praxis und den Unsicherheiten über den Gehalt des Völkergewohnheitsrechts siehe SBOLCI, Controversie di lavoro, insb. S. 221 ff. sowie KÖHLER, State Immunity, S. 69 ff.

⁷¹ Vgl. FOX/WEBB, State Immunity, S. 321 und 164.

Zwecken dienenden Güter sowie der Zweck als (vorrangiges) Unterscheidungskriterium völkergewohnheitsrechtlich durchgesetzt haben⁷².

Die Unklarheiten über den völkergewohnheitsrechtlichen Gehalt der Staatenimmunität ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass nationale Gerichte sich vor allem auf ihre eigene Praxis berufen ohne über genügende Kenntnisse der Rechtslage in anderen Ländern zu verfügen, würde dies doch vertiefte rechtsvergleichende Recherchen voraussetzen. Zudem weichen sie, teils im Bestreben, gewisse Lösungen zu erzielen, auch mehr oder minder bewusst vom Gewohnheitsrecht ab. Diese Divergenzen werden nach Inkrafttreten der UNO-Staatenimmunitätskonvention zweifellos abnehmen, womit aber zugleich das in einzelnen Ländern – beispielsweise der Schweiz – beobachtbare Bemühen, die Staatenimmunität weiterzuentwickeln (d.h. v.a. einzuschränken), gebremst werden dürfte.

Die Staatenimmunität befreit Staaten nicht von der Pflicht, das Recht anderer Länder einzuhalten. Das heisst, sie bewirkt materiell keine Ausnahme von der Bindung an deren Recht oder einen Ausschluss der Staatenverantwortlichkeit für eine Rechtsverletzung. Sie stellt lediglich einen prozessualen Behelf dar, der die Staaten von der Gerichtsbarkeit anderer Länder abschirmt und dazu führt, dass ein Anspruch nicht vor dem angerufenen Gericht durchgesetzt werden kann⁷³. Die Gerichtsbarkeitsimmunität verhindert, dass die Streitigkeit materiell beurteilt werden kann. Einem Prozessurteil über die (Un-)Zulässigkeit der Klage steht sie nicht entgegen⁷⁴.

Ein Land kann auf die Gerichtsbarkeitsimmunität verzichten und sich dadurch freiwillig der Gerichtsbarkeit eines anderen Staats unterziehen. Dies kann ausdrücklich – zum Beispiel durch Vertrag oder im Rahmen eines spezifischen Verfahrens – oder konkludent erfolgen, beispielsweise wenn sich der beklagte Staat materiell zur Sache äussert und sich dadurch auf das Verfahren einlässt⁷⁵. Ein stillschweigender Verzicht muss unzweideutig sein und ist nicht leichthin zu vermuten. Nimmt der beklagte Staat nicht am Verfahren teil, hat das Gericht von Amts wegen die Geltung der Immunität zu prüfen (vgl. auch

⁷² Dazu FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 482 ff., insb. 486 und REINISCH, *Enforcement Measures*, insb. S. 166.

⁷³ FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 82. Vgl. IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2002, S. 3, Ziff. 60.

⁷⁴ MPEPIL, «*State Immunity*», Ziff. 22. Vgl. auch IGH, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, S. 62, Ziff. 63 betreffend die Immunität eines UNO-Experten.

⁷⁵ Ausführlich zum Verzicht PINGEL-LENUZZA, *Immunités*, Ziff. 263 ff. Zur Regelung des ECSI siehe Art. 1–4 ECSI. Aus der Praxis etwa BGer 4A_386/2011 vom 4.8.2011, E. 5 und 4A_541/2009 vom 8.6.2010, E. 5.2, 5.3.3 und 5.4.

Art. 6 UNCSI). Schweigen darf nicht als Verzicht ausgelegt werden⁷⁶, ebenso wenig der Umstand, dass ein Land vor Gericht erscheint, um sich auf seine Immunität zu berufen. Ein Verzicht ist grundsätzlich auch bei der Vollstreckungsimmunität möglich. Gewohnheitsrechtlich gilt, dass ein solcher nicht durch den Verzicht auf die Immunität von der Gerichtsbarkeit erfasst ist, sondern separat zu erfolgen hat (so jetzt ausdrücklich Art. 20 UNCSI)⁷⁷.

IV. Staatliches Handeln: Zurechnungskriterien

Die Staatenimmunität setzt staatliches, das heisst dem Staat zurechenbares Handeln, voraus. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b/iv UNCSI bezeichnet der Ausdruck Staat unter anderem seine Vertreter, die in dieser Eigenschaft handeln⁷⁸. Der ILC-Kommentar führt dazu aus:

«[T]he last category of beneficiaries of State immunity encompasses all the natural persons who are authorized to represent the State in all its manifestations [...]. [...] [R]epresentatives include heads of Government, heads of ministerial departments, ambassadors, heads of mission, diplomatic agents and consular officers, in their representative capacity. [...] The reference [...] <in that capacity> is intended to clarify that such immunities are accorded to their representative capacity <ratione materiae>.»⁷⁹

Dass Handlungen, die staatliche Repräsentanten in ihrer amtlichen Eigenschaft vornehmen, dem Staat zuzurechnen sind und auf internationaler Ebene grundsätzlich nur dieser und nicht das Individuum zur Verantwortung gezogen werden kann, ist unbestritten⁸⁰. Das entspricht der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität und das UNCSI führt insoweit keine Rechtsänderung ein. Ebenso wenig bringt es – mangels Nennung von Abgrenzungskriterien – eine zusätzliche Klärung der Unterscheidung von zurechenbarem und nicht zurechenbarem Handeln. Erstaunlicherweise erfährt die Zurechenbarkeit im Schrifttum zur

⁷⁶ SBOLCI erblickt darin eine völkergewohnheitsrechtliche Regel (*Controversie di lavoro*, S. 230 f.). Siehe auch PINGEL-LENUZZA, *Immunités*, Ziff. 279.

⁷⁷ PINGEL-LENUZZA, *Immunités*, Ziff. 280. M.H. auf die Rechtsprechung verschiedener Länder REINISCH, *European Court Practice*, S. 817 ff.

⁷⁸ Das ECSI bestimmt den Begriff des Staats oder des staatlichen Handels nicht.

⁷⁹ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 2, Ziff. 17.

⁸⁰ Siehe z.B. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Blaškić (Subpoenae)* vom 29.10.1997, 110 ILR 688, S. 707 und 710. Ferner BGE 130 III 136, E. 2.1 sowie die Nachweise auf S. 38, Fn. 85.

Staatenimmunität relativ wenig Aufmerksamkeit⁸¹. Letztlich geht es darum – so viel dürfte ebenfalls unbestritten sein – Handlungen der Staatsangestellten, die sie als Privatperson vornehmen und ihrer privaten Lebenssphäre zuzurechnen sind von solchen zu unterscheiden, die sie in ihrer dienstlichen Funktion für den Staat erbringen und die folglich einen Bezug zu ihrer dienstlichen Tätigkeit aufweisen⁸². Wie die Bestimmung im Einzelnen vorzunehmen ist und wo die Grenze genau verläuft, wird in der Praxis dagegen nicht einheitlich beurteilt.

Die Frage der Zurechenbarkeit stellt sich namentlich auch bei der Staatenverantwortlichkeit und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* für dienstliche Tätigkeiten⁸³. Zwar handelt es sich bei der Staatenverantwortlichkeit, der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität je um eigene Rechtsinstitute, sodass der Staatsbegriff nicht zwingend identisch sein muss⁸⁴. Die Staatenimmunität ist aber nur von Bedeutung, soweit überhaupt die staatliche Verantwortlichkeit in Frage steht. Beansprucht ein Land Staatenimmunität in einem bestimmten Verfahren, anerkennt es die umstrittene Handlung zugleich als eigene⁸⁵. Auch die diplomatische Immunität *ratione materiae* bezweckt – wenn auch mittlerweile weitergehend als die Staatenimmunität – die Verantwortlichkeitssphäre des Entsendestaats der gerichtlichen Beurteilung im Gaststaat zu entziehen⁸⁶. Alle drei Rechtsinstitute bedingen und basieren letztlich auf einer nachvollziehbaren Abgrenzung zwischen der privaten Lebens- und Verantwortungssphäre von Staatsangestellten und der Handlungs- und Verant-

⁸¹ Vgl. zu den Grundzügen aber etwa JÉRÔME REYMOND, *L'attribution de comportements d'organes de facto et d'agents de l'Etat en droit international*, Zürich etc. 2013, S. 67 ff.

⁸² Für Belege zur Zurechenbarkeit von Handlungen im Staatenimmunitätsrecht siehe LÜKE, *Funktionsträger*, S. 176 ff.; ILC, *Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung*, Art. 2, Ziff. 17 f.; MARIA GAVOUNELI, *State Immunity and the Rule of Law*, Athen 2001, S. 66 f. und MARCELO G. KOHEN, *Definition of the «State»*, in Council of Europe/Hafner/Kohen, *State Practice*, S. 2–20, 19 f.

⁸³ Dazu eingehend auf S. 107 ff. und 116 ff.

⁸⁴ CONDORELLI/KRESS, *Attribution*, S. 228, mahnen daher zu einer gewissen Vorsicht, aus den Zurechenbarkeitsregeln im Staatenverantwortlichkeitsrecht Schlüsse für andere Rechtsgebiete zu ziehen. Ferner ILC, *Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung*, Art. 3, Ziff. 5 und LÜKE, *Funktionsträger*, S. 181.

⁸⁵ IGH, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, I.C.J. Reports 2008, S. 177, Ziff. 196.; CONDORELLI/KRESS, *Attribution*, S. 228. Die Parallelität betrifft jedoch nur die Zurechenbarkeit und nicht die Rechtsfolgen, welche die Staatenverantwortlichkeit oder die Staatenimmunität daran knüpfen. Aus der Anerkennung der Verantwortlichkeit kann somit nicht auf die Geltung der Immunität geschlossen werden und umgekehrt. Die (beschränkte) Staatenimmunität gilt nur noch für die hoheitlichen und damit nicht für alle dem Staat zurechenbaren Handlungen.

⁸⁶ Dazu auch S. 106 ff.

wortungssphäre des Staats als Organisationseinheit⁸⁷. Aus diesen Gründen drängt es sich nach der hier vertretenen Meinung jedenfalls bei den Staatsbediensteten der Zentralverwaltung auf, die Zurechenbarkeit des Handelns, konkret die Abgrenzung zwischen dem zurechenbaren dienstlichen und dem nicht zurechenbaren privaten Handeln (agieren in dienstlicher/privater Funktion), bei der Staatenimmunität, der Staatenverantwortlichkeit und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* nach denselben Kriterien zu bestimmen⁸⁸. Staatliches Handeln hätte somit ungeachtet des Umstands, dass die Staatenverantwortlichkeit eine Völkerrechtsverletzung voraussetzt, während in Verfahren, in denen die Immunitäten relevant werden können häufig auch Widerhandlungen gegen nationales Recht (des Gerichtsstaats) in Frage stehen, die gleiche Reichweite⁸⁹. Verschiedene Autorinnen und Autoren, die sich bei der Staatenimmunität zur Zurechenbarkeit äussern, sprechen den Zurechenbarkeitsregeln der Staatenverantwortlichkeit immerhin Indizwert zu⁹⁰.

Im Staatenverantwortlichkeitsrecht sind einem Land die Handlungen und Unterlassungen seiner Organe zurechenbar⁹¹, soweit diese in Ausübung ihrer Funktion agieren («acting in their official capacity»⁹²). Das gilt anerkanntermassen auch für kompetenz- und/oder rechtswidriges Handeln⁹³. Keine Zurechnung erfolgt hingegen, soweit ein Staatsbediensteter als Privatperson agiert («acting in a

⁸⁷ Dazu im Zusammenhang mit der Staatenverantwortlichkeit STERN, Internationally Wrongful Act, S. 204.

⁸⁸ Explizit für die Verwendung der Zurechenbarkeitsregeln der Staatenverantwortlichkeit für die Zwecke der Gerichtsbarkeitsimmunität ILC, Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction vom 10.6.2010, Special Rapporteur Kolodkin, UN Doc. A/CN.4/631, Ziff. 24. Vgl. auch Jones v. Ministry of Interior, [2006] UKHL 26, Ziff. 78: «It seems thus clear that a state will incur responsibility in international law if one of its officials, under colour of his authority, tortures a national of another state, even though the acts were unlawful and unauthorised. To hold that for the purposes of state immunity he was not acting in an official capacity would produce an asymmetry between the rules of liability and immunity» und EGMR, Jones v. the United Kingdom, 34356/06 und 40528/06 (2014), Ziff. 207.

⁸⁹ Grundsätzlich zur Zurechenbarkeit im Völkerrecht sowie Übereinstimmungen und Abweichungen des Staatsbegriffs MATHIAS FORTEAU, L'Etat selon le droit international: Une figure à géométrie variable, in RGDIP 2007, S. 737–770.

⁹⁰ DAMIAN, Staatenimmunität, S. 31; LÜKE, Funktionsträger, S. 180 ff., insb. 181 m.H.

⁹¹ Dazu etwa IGH, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, S. 62, Ziff. 62.

⁹² Vgl. ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 4 und Ziff. 3 und 7 der Kommentierung m.H. auf die Praxis.

⁹³ ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 7. Viele Hinweise auf die Praxis finden sich bei FRANCISZEK PRZETACZNIK, The International Responsibility of the State for Ultra Vires Acts of their Organs, in RDI 1983, S. 129–160, insb. 142 ff.

private capacity»)⁹⁴. Schwierig gestaltet sich in der Praxis teils die Abgrenzung des kompetenz- und/oder rechtswidrigen aber noch dienstlichen Handelns vom privaten Agieren der Staatsbediensteten, worunter Handlungen fallen, die von den dienstlichen Kompetenzen so weit entfernt sind, dass sie als privat zu charakterisieren und dem Staat nicht zugerechnet werden können⁹⁵. Entscheidend ist letztlich der sachliche Bezug zur dienstlichen Funktion. Nicht dem Staat zurechenbar sind dementsprechend Handlungen ohne Sachbezug zur dienstlichen Tätigkeit. Obschon der Akteur ein Staatsbediensteter ist, erscheint diese Eigenschaft bei solchen Handlungen nicht als entscheidender Faktor, sondern vielmehr als zufälliges Charakteristikum⁹⁶. Umgekehrt zählen – auch rechts- oder kompetenzwidrige – Handlungen, die einen Bezug zur dienstlichen Funktion aufweisen, das heisst bei denen es darauf ankommt, dass die betroffene Person Teil des Staatsapparats ist und als solche auftritt, zu den staatlichen Handlungen. Der ILC-Kommentar nennt als Beispiel für eine zurechenbare *Ultra-vires*-Handlung, dass sich eine Staatsbedienstete durch Bestechung zu einer (dienstbezogenen) Tätigkeit animieren lässt⁹⁷. Insgesamt ist der Kreis des als staatlich anerkannten Handelns im Staatenverantwortlichkeitsrecht eher weit gefasst⁹⁸, ohne dass das Völkerrecht griffige Abgrenzungskriterien entwickelt hat⁹⁹. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die Zuordnung der Handlungen von Staatsbediensteten als staatlich oder privat stark von den Umständen des Einzelfalls abhängt¹⁰⁰.

Beurteilt man die Zurechenbarkeit von Rechtsverstößen am Arbeitsplatz gegen das Hauspersonal ausländischer Vertretungen nach den vorgenannten Grundsätzen ergeben sich folgende Erkenntnisse¹⁰¹: Die Anstellung und Behandlung von *privatem Hauspersonal* wird der privaten Lebenssphäre der Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten zugerechnet¹⁰². Hier überwiegt der Bezug zur privaten Lebenssphäre deutlich, sodass ein (genügender) sachli-

⁹⁴ ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 3, Ziff. 3; LÜKE, Funktionsträger, S. 186, Fn. 574.

⁹⁵ LÜKE, Funktionsträger, S. 183; ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 7, Ziff. 7.

⁹⁶ Vgl. LÜKE, Funktionsträger, S. 184 und 186; ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 7, Ziff. 7 f.; STERN, Internationally Wrongful Act, S. 203.

⁹⁷ ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 7, Ziff. 9, Fn. 150.

⁹⁸ Vgl. LÜKE, Funktionsträger, S. 183 und STERN, Internationally Wrongful Act, S. 203.

⁹⁹ In diesem Sinn IAN BROWNLIE, *System of the Law of Nations, State Responsibility*, Part I, Oxford 1983, S. 147 f. bezüglich einer Vorläuferbestimmung von Art. 7 des ILC-Entwurfs Staatenverantwortlichkeit.

¹⁰⁰ So auch ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 4, Ziff. 13.

¹⁰¹ Für einlässliche Ausführungen zur Abgrenzung des dienstlichen und privaten Handelns von Missionsangestellten generell sowie spezifisch bei ausbeuterischem Verhalten gegenüber Hauspersonal siehe S. 111 ff.

¹⁰² Nicht als private Hausangestellte gelten Bedienstete, die im Privathaushalt der Missions-

cher Bezug zur dienstlichen Funktion zu verneinen ist. Infolgedessen werden Rechtsverstöße gegenüber dem privaten Hauspersonal nicht dem Entsendestaat zugerechnet. Dieser kann dafür nicht in die Pflicht genommen werden. Mangels staatlichen Handelns spielt die Staatenimmunität bei der Ausbeutung des Hauspersonals von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten daher grundsätzlich keine Rolle¹⁰³.

Ausbeuterisches Verhalten gegenüber *dienstlichen Hausangestellten* kann je nach den konkreten Umständen entweder dem Staat zurechenbares Handeln oder nicht zurechenbares privates Handeln des diplomatischen, administrativen oder technischen Personals darstellen. Entscheidend ist, ob das (kompetenz- oder rechtswidrige) Verhalten einen sachlichen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit der Missionsangestellten aufweist, und diese damit in ihrer amtlichen Funktion agieren. Dies ist vielfach zu bejahen. Diplomatinen stehen hierarchisch über dem dienstlichen Hauspersonal und es gehört grundsätzlich zu ihren Aufgaben, solches Personal einzustellen, seine Arbeit zu beaufsichtigen und zu bewerten, ihm Anweisungen zu erteilen und es zu entlassen¹⁰⁴. Die Rechts- oder Kompetenzwidrigkeit eines Akts stellt die Zurechenbarkeit zum Staat, wie vorangehend dargelegt wurde, nicht in Frage, wenn der sachliche Bezug zur Diensttätigkeit gegeben ist. Verlangt zum Beispiel eine Diplomatin von einem Angestellten, dass er viele Überstunden leistet ohne diese zu entgelten, gewährt sie ihm keine Ruhezeit, entlässt sie ihn missbräuchlich, oder zahlt sie ihm weniger als den vereinbarten Lohn, so handelt sie insoweit in ihrer Vorgesetztenfunktion für den Entsendestaat und nicht als Privatperson. Dem Entsendestaat zurechenbares Handeln liegt grundsätzlich auch vor, wenn ein Diplomat eine Hausangestellte der Mission in sklavereiähnlichen Verhältnissen hält, sie auf der Botschaft einsperrt, ihr den Pass wegnimmt, sie psychisch schikaniert oder gar schlägt, wenn er die Arbeitsleistung als ungenügend erachtet und nur eine unzureichende Unterkunft und ungenügend Nahrung zur Verfügung stellt. Es sind aber auch ausbeuterische und gewalttätige Verhaltensweisen gegen das dienstliche Hauspersonal denkbar, die dem Entsendestaat nicht zurechenbar sind, weil der Diplomat (oder weiteres Missionspersonal) dabei nicht in seiner dienstlichen Funktion agiert. Ein sachlicher Bezug zur dienstlichen Funktion und damit die Zurechenbarkeit zum Staat wäre beispielsweise zu verneinen, wenn ein Diplomat einen Hausangestellten der Mis-

chefs tätig sind, den Arbeitsvertrag aber mit dem Entsendestaat geschlossen haben; vgl. S. 10 und 12.

¹⁰³ Dies erweist sich bei den im Privathaushalt der Missionschefs tätigen Hausangestellten nicht durchwegs als sachgerecht. Dazu mehr auf S. 117.

¹⁰⁴ Je nachdem, ob es sich um eine kleine oder grosse Mission handelt, kann die Beaufsichtigung und Betreuung der Hausangestellten aber unterschiedlich organisiert sein. Dazu mehr auf S. 18 f.

sion aus privaten Motiven (Eifersucht, abweichende politische Ansichten) während der Arbeitszeit auf dem Missionsgelände verprügelt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Frage nach der Geltung der Staatenimmunität (nur) insoweit stellt, als die Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen im Einzelfall als dienstliches Verhalten der Diplomtinnen und Diplomaten (oder weiterer Missionsangestellter) einzustufen ist und folglich dem Entsendestaat zugerechnet wird. Wie gezeigt, ist ausbeuterisches Verhalten in vielen Formen dem Entsendestaat zurechenbar, wobei letztlich immer die konkreten Umstände im Einzelfall zu würdigen sind. Hinzu kommen Situationen, in denen der Entsendestaat von der Ausbeutung des dienstlichen Hauspersonals wusste oder hätte wissen müssen, aber nichts dagegen unternimmt.

§ 7

Völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen

Die Praxis (des Bundesgerichts) zur Geltung der Staatenimmunität generell und namentlich auch bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Missionsangestellten und dem Entsendestaat basierte bislang ganz überwiegend auf Völkergewohnheitsrecht. Die Staatenimmunität kann bei der Durchsetzung der Rechte von Hausbediensteten ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat grundsätzlich ausschliesslich in gegen den Entsendestaat geführten Zivilverfahren eine Rolle spielen. Über eine Klagemöglichkeit gegen den Entsendestaat verfügen nur die dienstlichen Hausangestellten der Missionen sowie die Bediensteten in der Residenz der Missionschefs, welche den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat geschlossen haben. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass dem Entsendestaat das ausbeuterische Verhalten der verantwortlichen Missionsangestellten zurechenbar ist oder dass er ihnen gegenüber Schutzpflichten vernachlässigt hat. Im Übrigen haben ausgebeutete Hausbedienstete ein Verfahren gegen die fehlbaren Diplomaten oder weiteren Missionsangestellten anzustrengen. Solche Verfahren gegen Missionsangestellte scheitern aber vielfach an der diplomatischen Immunität dieser Personen (dazu Teil 3).

I. Gerichtsbarkeitsimmunität

1. Allgemeine Bemerkungen

In der Schweiz erfolgt die Umsetzung der völkergewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität (allein) durch die Gerichte, da der nationale Gesetzgeber in diesem Bereich nicht legiferiert hat. Das Bundesgericht vertritt bereits seit 1918 den Ansatz der beschränkten Staatenimmunität¹⁰⁵. Danach können Staaten nur für hoheitliche Tätigkeiten (*acta iure imperii*) Immunität beanspruchen und nicht für Handlungen, die nicht Ausdruck hoheitlicher Staatsmacht sind (*acta iure gestionis*). Zentrales Abgrenzungskriterium ist gemäss der bundesgerichtlichen Praxis nicht der Zweck oder die Rechtsform des in Frage stehenden Akts – da staatliche Handlungen letztendlich mehr oder minder direkt immer staatlichen Zwecken dienen –, sondern die Natur des Akts oder Rechtsverhältnisses,

¹⁰⁵ BGE 44 I 49, E. 4.

das der Forderung zugrunde liegt¹⁰⁶. Ein *actum iure gestionis* liegt vor, wenn der Staat nicht in Ausübung seiner Hoheitsgewalt handelt, sondern eine Rechtsbeziehung eingeht, die so oder in ähnlicher Weise auch von Privaten eingegangen werden könnte, oder er Träger eines privaten Rechts ist. Konkret erkennt das Bundesgericht auf einen nicht hoheitlichen Akt, wenn ein Land beispielsweise eine Garantieerklärung (ähnlich einer Bankgarantie) abgibt, oder Werk- oder Mietverträge abschliesst. Militärische Aktivitäten, Enteignungen oder die Beschlagnahme von Objekten von historischem Wert stellen dagegen *acta iure imperii* dar¹⁰⁷.

2. Geltung der Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem Missionspersonal

Welche Relevanz entfaltet die Staatenimmunität, wenn Hausangestellte ausländischer Vertretungen den Entsendestaat vor Schweizer Gerichten wegen Verletzung der Lohnzahlungspflicht (z.B. ausstehender Lohn, Entschädigung von Überzeit und nicht bezogenen Ferien) oder der Fürsorgepflichten (z.B. Gewaltanwendung, sexueller Missbrauch, soziale Isolation, ungenügende Unterkunft) verklagen wollen? Dieser Frage wird nachfolgend primär anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichts nachgegangen. Sofern weiterführend werden auch Urteile des Genfer Arbeitsgerichts beigezogen, welches eine reiche Praxis zur Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten entwickelt hat¹⁰⁸.

Dienstliche Hausangestellte können, wie bereits dargelegt wurde, den Entsendestaat nur zivilrechtlich verklagen, wenn ihm das ausbeuterische Verhalten von Diplomaten und weiteren Missionsangestellten zurechenbar ist, oder er ihnen gegenüber Schutzpflichten vernachlässigt hat. Die Zurechenbarkeit ist bei Rechtsverstössen des Missionspersonals gegenüber den dienstlichen Hausangestellten vielfach, aber nicht durchwegs gegeben¹⁰⁹. Entscheidend ist, ob das Verhalten von Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten im Einzelfall einen sachlichen Bezug zur Ausübung dienstlicher Aufgaben aufweist. Dass sie rechts- und weisungswidrig agieren, schliesst die Zurechenbarkeit nicht aus.

¹⁰⁶ Die meisten europäischen Länder stellen auf die «Natur» der Handlung ab, um zwischen *acta iure imperii* und *gestionis* zu unterscheiden: WITTICH, Commercial Acts, S. 21–47. Die Praxis ist jedoch nicht einheitlich. Dazu auch FOX/WEBB, State Immunity, S. 402 ff.

¹⁰⁷ BGE 124 III 382, E. 4a m.H. und 110 II 255, E. 3b; BGer 4C.250/2000 vom 23.11.2000, E. 2a.

¹⁰⁸ Tribunal des prud'hommes (erste Instanz) und Cour de Justice, Chambre des prud'hommes (zweite Instanz, vormalig Cour d'appel des prud'hommes).

¹⁰⁹ Zur Zurechenbarkeit einlässlich S. 116 ff. und 40 ff.

Die Anwendung der Staatenimmunität folgt auch bei zivilrechtlichen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen zwischen Missionsangestellten und dem Entsendestaat der Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*. Das Bundesgericht vertritt dem Grundsatz nach folgende Abgrenzung: Arbeitsverhältnisse mit dem diplomatischen Personal ordnet es dem hoheitlichen Staatshandeln, Arbeitsverhältnisse mit Personal in untergeordneten Positionen dagegen dem nicht hoheitlichen Staatshandeln zu. Zu den subalternen Angestellten zählt es insbesondere Chauffeure, Gärtnerinnen, das Putzpersonal sowie Hausmeisterinnen oder Pförtner¹¹⁰. Allgemeiner formuliert, gehört somit jedenfalls zum Personal mit untergeordneten Funktionen, wer sich um die Instandhaltung und Reinigung der Lokalitäten, die Verpflegung und die Bewirtung des Missionspersonals und von Gästen kümmert oder Fahrdienste leistet. Neben dem Hauspersonal ordnet das Bundesgericht darüber hinaus grundsätzlich auch Sekretärinnen und Sekretäre, Radiotelegraphisten, Archivarinnen sowie Übersetzerinnen dem untergeordneten Personal zu¹¹¹. Im Ergebnis steht anderen Ländern bei zivilrechtlichen Streitigkeiten mit dem Missionspersonal vor Schweizer Gerichten Immunität lediglich gegenüber den Angestellten in höheren Funktionen zu.

3. *Acta iure imperii* und *gestionis*: Unterscheidungskriterien bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Missionspersonal

Das Bundesgericht streicht in seinen Urteilen regelmässig hervor, dass die Schweizer Rechtsprechung vom Bestreben gekennzeichnet ist, den Anwendungsbereich der Staatenimmunität einzuschränken¹¹². Bei der Zuordnung der Arbeitsverhältnisse des Missionspersonals zu den *acta iura imperii* oder *gestionis* betont es zudem die Notwendigkeit, die gesamten Umstände und die verschiedenen Interessen umfassend zu würdigen und abzuwägen¹¹³:

«Les actes accomplis jure imperii, ou actes de souveraineté, se distinguent des actes accomplis jure gestionis, ou actes de gestion, non par leur but mais par leur nature. Pour qualifier un acte donné, l'autorité appelée à statuer peut également recourir à des critères extérieurs à cet

¹¹⁰ BGE 134 III 570, E. 2.2; 120 II 400, E. 4b; BGer 4C.250/2000 vom 23.11.2000, E. 2a und 4A_386/2011 vom 4.8.2011, E. 3.

¹¹¹ Für Belege siehe Fn. 113. Ferner aus der französischen Praxis zum administrativen und technischen Personal z.B. *Coco v. Argentina*, 113 ILR 491. Danach nimmt ein Assistent der Presseabteilung, der Informationen von Interesse für Argentinien sammelt, formuliert und übermittelt, keine hoheitlichen Aufgaben wahr.

¹¹² Z.B. BGE 134 III 570, E. 2.2.

¹¹³ Z.B. BGE 120 II 408, E. 5a, b und c. Vgl. auch BGer 4A_386/2011 vom 4.8.2011, E. 3.

acte. Elle procédera aussi, dans chaque cas d'espèce, à une comparaison de l'intérêt de l'Etat étranger à bénéficier de l'immunité avec celui de l'Etat du for à exercer sa souveraineté juridictionnelle et celui du demandeur à obtenir une protection judiciaire de ses droits. [...] En matière de contrat de travail, la jurisprudence admet que, si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant des tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit d'employés subalternes. En tout cas lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat accréditant et qu'il a été recruté puis engagé au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue dans la règle. L'Etat accréditant n'est alors pas touché dans l'exercice des tâches qui lui incombent en sa qualité de titulaire de la puissance publique [...]. [...] la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif.»

Ausgehend von der tatsächlich verrichteten Arbeit und nicht vom formellen Stellenbeschrieb zieht das Bundesgericht verschiedene Beurteilungskriterien bei, um ein Arbeitsverhältnis den *acta iure imperii* oder *gestionis* zuzuordnen¹¹⁴. Indizien für eine untergeordnete Funktion des Missionspersonals und damit für einen nicht hoheitlichen Sachverhalt sind namentlich, wenn

- ein entsprechendes Arbeitsverhältnis auch mit einem privaten Arbeitgeber hätte begründet werden können,
- die beschäftigte Person keinen Einfluss auf den Willensbildungsprozess an der ausländischen Vertretung ausübt,
- das Arbeitsverhältnis dem Recht des Gerichtsstaats unterworfen ist,
- das Arbeitsverhältnis in der Schweiz begründet worden ist, die Angestellte keine Bürgerin des Arbeitgeberstaats ist, sie bereits vor der Anstellung ausserhalb des Arbeitgeberstaats gelebt und insgesamt kein oder nur einen schwachen Bezug zu diesem hat,
- die angestellte Person ein grosses Interesse daran hat, das Verfahren in der Schweiz durchführen zu können.

Umgekehrt sprechen namentlich folgende Umstände eher für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, das den hoheitlichen Handlungsbereich des Arbeitgeberstaats berührt:

- die angestellte Person beeinflusst mit ihrer Tätigkeit die Willensbildung an der Mission,

¹¹⁴ Siehe vorab BGE 134 III 570, E. 2.2 und 3.1 f.; 120 II 408, E. 5b und c und 110 II 255, E. 3 und 4.

- sie hat Diplomatenstatus,
- ein entsprechendes Arbeitsverhältnis könnte nicht mit einem privaten Arbeitgeber geschlossen werden,
- die beschäftigte Person hat die Nationalität des Arbeitgeberstaats, einen engen Bezug zu diesem und das Arbeitsverhältnis wurde dort begründet,
- der Staat würde durch das Verfahren zur Preisgabe von Geheimnissen gezwungen oder bei der Erfüllung seiner diplomatischen Aufgaben behindert,
- das Verfahren berührt nationale Sicherheitsinteressen.

Wiederholt findet sich in Bundesgerichtsurteilen die Formel, dass die Gerichtsbarkeit des Forumstaats in der Regel zu bejahen ist, wenn der Angestellte kein Bürger des Entsendelands ist und das Arbeitsverhältnis im Gerichtsstaat eingegangen worden ist¹¹⁵. Dies legt den Umkehrschluss nahe, dass es als Indiz für die Geltung der Staatenimmunität zu werten ist, wenn die beschäftigte Person die Nationalität des Entsendestaats besitzt und der Arbeitsvertrag dort abgeschlossen worden ist. Jedenfalls bei Arbeitsverträgen mit dienstlichen Hausangestellten spielt der Umkehrschluss aber keine Rolle: Das Bundesgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass selbst Arbeitsverträge mit Staatsangehörigen, die teils gar im Entsendestaat geschlossen worden sind, zu den nicht hoheitlichen Arbeitsverhältnissen zählen (*acta iure gestionis*)¹¹⁶. Das zeigt, dass die Berücksichtigung der gesamten Umstände bedeutsam ist und das Bundesgericht jedenfalls bei Hausbediensteten bestrebt ist, die Staatenimmunität nur zurückhaltend zu gewähren.

Keinen direkten Einfluss auf die Qualifizierung als *acta iure imperii* oder *gestionis* hätte es, wenn ein Hausangestellter vom Entsendestaat ausnahmsweise öffentlichrechtlich angestellt wäre. Die Frage nach der Geltung der Immunität und dem anwendbaren (evtl. im Entsendestaat als öffentlichrechtlich qualifizierten) Recht ist nämlich auseinanderzuhalten¹¹⁷. In Bezug auf die Immunität hat das Bundesgericht allgemein festgestellt, dass die (öffentlich- oder privatrechtliche) Rechtsform für die Abgrenzung der *acta iure imperii* und *gestionis* nicht ausschlaggebend ist¹¹⁸. Sie ist höchstens ein Indiz. Für arbeitsrechtliche Streitig-

¹¹⁵ Z.B. BGE 120 II 400, E. 4a; 120 II 408, E. 5b und BGer 4A_386/2011 vom 4.8.2011, E. 3.

¹¹⁶ BGer vom 16.5.1997, in JAR 1998, S. 298 f.; BGer 4C_338/2002 vom 17.1.2003, E. 4.1 und BGE 120 II 400, E. 4b. Es hat den Umkehrschluss jüngst auch mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI verworfen: BGer 4A_542/2011 vom 30.11.2011, E. 3.2. Bei höheren Angestellten ist der Umstand, dass diese Angehörige des Entsendestaats sind – oder waren – dagegen ein (starkes) Indiz für die Geltung der Immunität: vgl. BGE 134 III 570, E. 3.1 und BGer 4A.386/2011 vom 4.8.2011, E. 7.

¹¹⁷ Dazu auch S. 21, Fn. 30.

¹¹⁸ BGE 124 III 382, E. 4a und BGer 4C.250/2000 vom 23.11.2000, E. 2a.

keiten mit untergeordnetem (Haus-)Personal wäre meines Erachtens mit Blick auf den erforderlichen Ausgleich zwischen der Staatenimmunität und dem Rechtsschutz des Hauspersonals¹¹⁹ grundsätzlich auch bei einer öffentlichrechtlichen Anstellung von einem *actum iure gestionis* auszugehen, soweit die betroffenen Bediensteten nicht dem versetzbaren Personal angehören¹²⁰. Andernfalls könnten Entsendeländer den Angestellten der untersten Chargen mittels Flucht in öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnisse generell den Rechtsschutz im Gastland entziehen. Dies wäre jedenfalls bei Bediensteten ohne Bezug zum Entsendeland bedenklich.

Kein relevantes Kriterium für die Zuerkennung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soweit ersichtlich der Gegenstand der geltend gemachten Forderung. Das heisst, es hat bisher nicht thematisiert, ob bedeutsam ist, dass das Hauspersonal vom Staat (nur) eine finanzielle Entschädigung einfordert oder es – etwa im Fall der Nichtanstellung, der Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder bei einer Kündigung – die (Wieder-)Einstellung oder die Erneuerung eines Vertrags verlangt. Die UNO-Staatenimmunitätskonvention macht die Geltung der Gerichtsbarkeitsimmunität im Bereich der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten auch vom Gegenstand der Forderung abhängig¹²¹. Ebenso sieht ein Teil der Lehre im Inhalt der Forderung ein relevantes Kriterium: Ein Urteil, welches ein Land zwingt, eine Person zu beschäftigen, greife stärker in den Souveränitätsbereich ein als eine Verurteilung zur Bezahlung einer finanziellen Entschädigung, etwa wegen ausstehender Lohnforderungen¹²². Gleichermassen wird teils vorgebracht, dass ein Verfahren, in welchem über die Rechtmässigkeit und damit die Gründe einer Kündigung zu befinden ist, die Interessen des betroffenen Staats stärker beschlage, als wenn über eine Entschädigung infolge der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist zu urteilen ist. Diese Argumentation hat auch Niederschlag in der Praxis des Genfer Arbeitsgerichts gefunden: Es hat Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 OR für unzulässig erklärt und dem beklagten Staat hierfür Immunität gewährt, weil das Prinzip *ne impediatur*

¹¹⁹ Dazu insb. S. 217 ff. und 272 f.

¹²⁰ Als problematisch erweist sich daher BGer 4A_570/2013 vom 4.6.2014. Darin ist das Gericht dem Standpunkt des Entsendelands gefolgt, dass (sogar) bei einer im Privathaushalt des Missionschefs tätigen Hausbediensteten, welche vom Staat angestellt war aber nicht zum versetzbaren Personal gehörte, ein öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis vorliege. Als Konsequenz wurde dieser der Rechtsschutz in der Schweiz mangels sachlicher Zuständigkeit der Zivilgerichte versagt.

¹²¹ Art. 11 Abs. 2 lit. c. Dazu S. 80 f.

¹²² Siehe z.B. RICHARD GARNETT, *State Immunity in Employment Matters*, in ICLQ 1997, S. 81–124, 99 und KÖHLER, *State Immunity*, S. 71 und 92.

legatio es dem Gaststaat verwehre, die Begründetheit und die Umstände einer Kündigung an einer ausländischen Vertretung zu untersuchen oder vom Entsendestaat hierfür eine Rechtfertigung zu verlangen¹²³. Diesfalls spricht das Arbeitsgericht der entlassenen Person in untergeordneter Funktion jedenfalls den Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist zu, soweit der Entsendestaat keine wichtigen Gründe für eine sofortige Kündigung glaubhaft macht¹²⁴. Das Bundesgericht hat sich bislang soweit ersichtlich nicht zu dieser Genfer Rechtsprechungslinie geäußert.

Es wäre mit der Souveränität des Entsendestaats und der ungestörten Organisation und Funktionsweise der diplomatischen Vertretung in der Tat nicht zu vereinbaren, wenn der Gaststaat diesen zur (Wieder-)Einstellung einer Person verurteilt und damit über sein Personal mitbestimmt¹²⁵. Meines Erachtens erscheint es dagegen nur schwer ersichtlich, inwiefern ein Entscheid über die Missbräuchlichkeit einer Kündigung – und der allfällige Zuspruch einer Entschädigung – gegenüber *Hauspersonal* den ungestörten Missionsbetrieb und die Souveränität des Entsendestaats gefährden beziehungsweise ernsthaft in Frage stellen könnte¹²⁶. Besondere Geheimhaltungs- oder Sicherheitsinteressen im Einzelfall bleiben vorbehalten. In der Schweiz dürften jedenfalls Forderungen nach einer Wiedereinstellung praktisch ohnehin kaum relevant sein, da gesetzlich bei einer missbräuchlichen Kündigung lediglich eine Entschädigung aber kein Recht auf Wiedereinstellung vorgesehen ist (Art. 336a OR). Auch das Gleichstellungsgesetz sieht bei einer diskriminierenden Kündigung oder Nichteinstellung grundsätzlich nur einen Entschädigungsanspruch vor (Art. 5 Abs. 2)¹²⁷.

¹²³ CAPH, 5.12.2002, C/2737/2001–5, E. g/48, D/77 und 102 ff. sowie Dispositiv lit. b; TPH, 27.4.1994, 116 ILR 650, S. 654 (Nicoud v. United States of America) und TPH, 16.2.1995, 116 ILR 668, S. 674 (X. v. United States of America).

¹²⁴ Siehe die beiden in der vorangehenden Fussnote zitierten Entscheide des Genfer Arbeitsgerichts. Für eine kritische Würdigung der gängigen Praxis, ausländische Staaten insb. gestützt auf das diplomatische Recht praktisch gänzlich von ihren Mitwirkungspflichten im Verfahren zu befreien, siehe S. 269 ff.

¹²⁵ So auch SBOLCI, *Controversie di lavoro*, S. 192. Er verweist darauf, dass die Art der Forderung als Kriterium für die Gewährung der Immunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Staatenpraxis nicht fest verankert ist (S. 190 ff., Stand 1987).

¹²⁶ Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI gewährt die Immunität denn auch nur bei Streitigkeiten über die Anstellung bzw. Wiedereinstellung nicht aber bei Klagen mit denen eine Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung angestrebt wird; dazu S. 80 f.

¹²⁷ Siehe zum GIG auch die Ausführungen zu Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI (S. 80 f.).

4. Binnenbeziehung als Zusatzerfordernis

Bei Streitigkeiten mit ausländischen Staaten genügt es für die Begründung der Schweizer Gerichtsbarkeit nicht, dass das zugrunde liegende Rechtsverhältnis als *actum iure gestionis* qualifiziert wird. Das Bundesgericht setzt nach konstanter Rechtsprechung zusätzlich voraus, dass die Streitigkeit einen genügenden Bezug zur Schweizer Rechtsordnung aufweist («Binnenbeziehung») und hält dazu fest¹²⁸:

«Tout rapport de droit privé assumé par un Etat étranger ne peut pas donner lieu à des mesures de procédure en Suisse. Encore faut-il que le rapport de droit en cause ait certains liens avec le territoire suisse («Binnenbeziehung»), c'est-à-dire qu'il y soit né ou doive y être exécuté ou, tout au moins, que le débiteur ait accompli certains actes de nature à y créer un lieu d'exécution»¹²⁹.

Spezifisch mit Blick auf eine arbeitsrechtliche Streitigkeit hat das Bundesgericht festgehalten:

«Conformément aux principes précités, il faut encore, pour que la Suisse puisse connaître du litige, que le rapport de travail en cause ait certains liens avec le territoire suisse. Pour le déterminer, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances, par exemple le lieu de recrutement et de séjour de l'employé ou les liens qu'il entretient respectivement avec la Suisse et l'État qui l'emploie [...]. Le fait que le salarié demandeur soit ressortissant de l'État qui l'emploie ne constitue qu'un élément, parmi d'autres, qu'il convient de prendre en considération, non pour lui-même, mais dans le cadre de l'examen global de la situation [...]»¹³⁰

Bei Streitigkeiten zwischen dem Entsendestaat und dem dienstlichen Hauspersonal erachtet das Bundesgericht eine hinreichende Binnenbeziehung bereits aufgrund des Umstands als gegeben, dass die Arbeit in der Schweiz erbracht

¹²⁸ Weiterführend zum Erfordernis der genügenden Binnenbeziehung als Voraussetzung für die Gerichtsbarkeit FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 87 ff. In der Literatur wird allerdings darauf hingewiesen, dass die Binnenbeziehung nicht die Gerichtsbarkeit über einen fremden Staat beschlägt, sondern die internationale Zuständigkeit betrifft: So z.B. DAMIAN, *Staatenimmunität*, S. 63 f. und JOLANTA KREN KOSTKIEVICZ, «Binnenbeziehung» und *Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung*, in *Versicherungsbranche im Wandel, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag*, Bern 2009, S. 287–305, insb. 296.

¹²⁹ BGE 120 II 400, E. 4b und 120 II 408, E. 5c; ferner BGE 134 III 570, E. 2.2.

¹³⁰ BGer 4C.338/2002 vom 17. 1. 2003, E. 4.1.

wird¹³¹. Dies erscheint sachgerecht, da die Tätigkeit an einer ausländischen Mission einen regelmässigen und andauernden Aufenthalt am Arbeitsort erfordert und dadurch eine relativ intensive Verbindung zur Schweiz schafft.

5. Staatenimmunität und Strafverfahren

Die vorangehenden Ausführungen haben die (völkergewohnheitsrechtliche) Staatenimmunität von der *Zivilgerichtsbarkeit* zum Gegenstand. Zivilrechtliche Forderungen stehen bei widerrechtlichem Verhalten gegenüber Hauspersonal ausländischer Vertretungen klar im Vordergrund. Ausbeutung kann aber auch strafrechtlich relevant sein. Die völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität erfasst auch die Strafgerichtsbarkeit, sodass Staatsangestellte für Handlungen, die sie für den Entsendestaat vornehmen, grundsätzlich nicht strafrechtlich belangt werden können (Amtsträgerimmunität)¹³². Dennoch ist die Staatenimmunität von der Strafgerichtsbarkeit bei Rechtsverstössen gegen dienstliches Hauspersonal praktisch bedeutungslos. Der Grund liegt darin, dass in der Schweiz – von wenigen hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – nur Individuen strafrechtlich verurteilt werden können. Straftaten gegen dienstliche Hausangestellte (z.B. Gewalt, sexuelle Ausbeutung, Nötigung) am Arbeitsplatz werden von weiteren Missionsangestellten begangen. Diese geniessen jedoch fast ausnahmslos diplomatische Immunität von der Strafgerichtsbarkeit¹³³. Die diplomatische Immunität geht der Staatenimmunität als *lex specialis* vor, sodass bei Strafprozessen gegen Missionspersonal die Staatenimmunität (genauer die daraus abgeleitete Amtsträgerimmunität) praktisch keine Rolle spielt¹³⁴. Das bedeutet im Ergebnis, dass bei Straftaten gegen dienstliches Hauspersonal die Strafverfolgung gegen das verantwortliche Missionspersonal regelmässig an der diplomatischen Immunität scheitert (dazu Teil 3).

6. Zusammenfassung zivilrechtliche Gerichtsbarkeitsimmunität

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität den Zugang dienstlicher Hausangestellter ausländischer Vertretungen zu den Zivilgerichten in der Schweiz nicht einschränkt. Sie können demnach in

¹³¹ Siehe BGer 4C.338/2002 vom 17.1.2003, E. 4.1 und BGer vom 16.5.1997, E. 2a in JAR, S. 298 f.

¹³² Siehe LÜKE, Funktionsträger, S. 166 ff.

¹³³ Dazu mehr auf S. 104 ff.

¹³⁴ Zur allerdings nicht restlos geklärten Frage der subsidiären Anwendung der Amtsträgerimmunität im Verhältnis zur diplomatischen Immunität siehe S. 31, Fn. 59.

der Schweiz – soweit eine dem Entsendestaat zurechenbare Handlung vorliegt – durchwegs ein Zivilurteil gegen ihren Arbeitgeber erwirken.

II. Vollstreckungsimmunität

Das Bundesgericht hat die staatliche Vollstreckungsimmunität bereits relativ früh eingeschränkt, als in verschiedenen Ländern noch die absolute Immunität galt¹³⁵. Es hat die Vollstreckung (von Urteilen) als logische Folge der Gerichtsbarkeit bezeichnet¹³⁶ und prüft die Anwendung der Vollstreckungsimmunität anhand von drei Kriterien¹³⁷. Gemäss ständiger Praxis sind Zwangsmassnahmen gegen Vermögenswerte ausländischer Staaten unter folgenden Bedingungen zulässig: Erstens hat sich die geltend gemachte Forderung auf eine nicht hoheitliche Tätigkeit des Staats (*acta iure gestionis*) zu beziehen. Zweitens muss das der Forderung zugrunde liegende Rechtsverhältnis einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen (Binnenbeziehung)¹³⁸. Eine solche wird bejaht, wenn das Vertragsverhältnis in der Schweiz begründet wurde, hier zu erfüllen ist oder der Staat in der Schweiz Handlungen vorgenommen hat, die einen Vollstreckungsort begründen. Nicht ausreichend ist dagegen, dass sich Vermögenswerte des Schuldners (Staat) in der Schweiz befinden (z.B. Bankkonto) oder ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz die Forderung bestätigt hat. Drittens dürfen die betroffenen Vermögenswerte nicht hoheitlichen Zwecken dienen. Der Staat kann überdies auf seine Vollstreckungsimmunität verzichten¹³⁹.

Wie bei der Gerichtsbarkeitsimmunität steht die bundesgerichtliche Praxis im internationalen Vergleich auch bei der Vollstreckungsimmunität für eine eher weitreichende Einschränkung. Dies zeigt sich etwa daran, dass es Vollstreckungsmassnahmen gegen Vermögenswerte ausländischer Zentralbanken nicht generell ausschliesst, dass es bei Bargeld oder Wertschriften eine erkennbare Ausscheidung für hoheitliche Zwecke verlangt und die pauschale Behauptung einer hoheitlichen Bestimmung nicht genügen lässt¹⁴⁰. Ein entsprechendes Vorgehen bei ausländischen Vertretungen steht jedoch in Widerspruch zur herr-

¹³⁵ Zur Entwicklung der Vollstreckungsimmunität PINGEL-LENUZZA, Immunités, Ziff. 109 ff. und 125 ff.

¹³⁶ BGE 82 I 75, E. 10.

¹³⁷ Siehe die Darlegung der Schweizer Praxis in BGE 134 III 122, E. 5.2.

¹³⁸ Hierbei handelt es sich nicht um ein völkerrechtliches Kriterium. So auch BGE 135 III 608, E. 4.2.

¹³⁹ Vgl. z.B. BGE 134 III 122.

¹⁴⁰ Siehe z.B. BGE 134 III 122, E. 5.2.3; BGer 5A_92/2008 vom 25.6.2008, E. 3.1; ferner BGE 111 Ia 62, E. 7b und 108 III 207, E. 3.

schenden Praxis und Literatur¹⁴¹. Diese interpretiert das diplomatische Recht (*ne impediatur legatio*, Unverletzlichkeit der Mission, ihres Eigentums und ihrer Dokumente) und die Vollstreckungsimmunität dahingehend, dass vom Staat höchstens eine Pauschalbestätigung über den hoheitlichen Zweck eines Botenschaftskontos verlangt werden darf.

Trotz der im internationalen Vergleich eher einschränkenden Interpretation der gewohnheitsrechtlichen Vollstreckungsimmunität durch das Bundesgericht haben Hausangestellte ausländischer Missionen in der Schweiz nach geltendem Recht praktisch keine Aussicht, gerichtlich anerkannte Forderungen gegen den Willen des Entsendestaats durchzusetzen¹⁴². Zwar sind zwei Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vollstreckung in der Regel erfüllt (Forderung beruht auf Rechtsverhältnis *iure gestionis*, ausreichende Binnenbeziehung). Es fehlt aber in den allermeisten Fällen an in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten, gegen die sich die Vollstreckungsmassnahmen richten können. In den seltenen Fällen, in denen sich überhaupt nicht hoheitlichen Zwecken dienende Vermögenswerte des Entsendestaats im Gaststaat befinden, wird das Hauspersonal davon kaum Kenntnis haben oder den nicht hoheitlichen Zweck nicht beweisen können.

III. Fazit: Wirkung der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen

Die (gewohnheitsrechtliche) Staatenimmunität kommt primär in Verfahren gegen ausländische Staaten zur Anwendung. Das bedeutet, dass sie sich soweit hier interessierend nur insoweit auf den Rechtsschutz des Hauspersonals im Gaststaat auswirken kann, als dieses den Entsendestaat zivilrechtlich verklagt. Diese Möglichkeit steht nur dem dienstlichen Hauspersonal zu, soweit die ihm gegenüber durch die weiteren Missionsangestellten begangenen Rechtsverstösse dem Entsendestaat zurechenbar sind oder soweit der Entsendestaat Schutzpflichten ihm gegenüber vernachlässigt hat. Keine Relevanz erlangt die Staatenimmunität demgegenüber für das Hauspersonal ausländischer Missionen, soweit das ausbeuterische Verhalten dem Entsendestaat nicht zurechenbar ist beziehungsweise sofern dieser keine Schutzpflichten verletzt hat und für den Rechtsschutz des privaten Hauspersonals von Diplomaten. In diesen beiden Konstellationen verbleibt den Betroffenen grundsätzlich nur der Rechtsweg

¹⁴¹ Siehe für Belege und eine kritische Würdigung der aktuellen Rechtslage S. 268 ff.

¹⁴² So auch Fox, *Employment Contracts*, S. 108 und GLOOR, *Employer States*, Ziff. 51.

gegen die verantwortlichen Personen (Missionsangestellte). In Verfahren gegen Diplomaten und weitere Missionsangestellte beschneidet jedoch die diplomatische Immunität den Rechtsschutz im Gastland erheblich (dazu Teil 3).

Konkret schränkt die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität nach der vom Bundesgericht gestützt auf die völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität entwickelten Praxis den Zivilrechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals gegen den Entsendestaat (soweit er möglich ist) nicht ein. Denn das Bundesgericht qualifiziert arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Entsendestaaten und dem Hauspersonal ihrer Missionen konsequent als *acta iure gestionis*, sodass erstere insoweit nie Gerichtsbarkeitsimmunität beanspruchen können. Dienstliche Hausangestellte können folglich – vorausgesetzt es handelt sich um Verhalten, das dem Staat zurechenbar ist – uneingeschränkt ein Zivilurteil gegen den Entsendestaat vor Schweizer Gerichten erwirken und insbesondere ausstehende Löhne sowie Schadenersatz und Genugtuung für Verletzungen ihrer Persönlichkeit einfordern. Die bundesgerichtliche Praxis ist unter anderem beim Hauspersonal vom Bestreben gekennzeichnet, den Zugang zu den Gerichten sicherzustellen und die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität entsprechend zurückhaltend zu gewähren. Davon zeugt namentlich, dass es die Gerichtsbarkeitsimmunität auch verweigert, wenn es sich etwa beim Putzpersonal um Staatsangehörige des Entsendestaats handelt und der Arbeitsvertrag dort geschlossen wurde. Im Licht seiner Rechtsprechung wird das Bundesgericht die Staatenimmunität konsequenterweise bei Drittstaatenangehörigen verweigern, die im Entsendestaat angestellt worden sind und allenfalls gar dort wohnhaft waren.

Bedeutende Einschränkungen für den Zivilrechtsschutz der Hausangestellten ausländischer Missionen gegen den Entsendestaat bewirkt jedoch die staatliche Vollstreckungsimmunität: Nach der gestützt auf die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität entwickelten Praxis des Bundesgerichts haben dienstliche Hausangestellte praktisch keine Chance, Urteile ohne dessen Zustimmung im Gaststaat durchzusetzen.

Obschon die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität die Möglichkeit der Hausangestellten ausländischer Missionen nicht einschränkt, im Gaststaat Schweiz gegen den Entsendestaat ein Zivilurteil zu erwirken, sehen sie sich in der Prozessführung vor allem aufgrund des diplomatischen Rechts mit besonderen beweisrechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert¹⁴³.

¹⁴³ Dazu S. 125 f.

§ 8

Europäische Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen

I. Allgemeine Bemerkungen zum ECSI

Die Europäische Staatenimmunitätskonvention (ECSI) von 1972 hat acht Vertragsparteien – neben der Schweiz gehören Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg, Holland, Grossbritannien und Zypern dazu – und ist in der Schweiz seit 1982 in Kraft¹⁴⁴. Sie stellt die erste allgemeine Konvention zur Staatenimmunität dar und hatte zum Ziel, die im Abschlusszeitpunkt auch im europäischen Raum höchst unterschiedliche Praxis – in einigen Ländern galt noch die absolute Staatenimmunität, während andere bereits die beschränkte Immunität anwandten – zu vereinheitlichen. Das Resultat ist eine überkomplexe und letztlich erfolglose Kompromisslösung, die dem Konzept der beschränkten Immunität folgt, die Ausnahmen von der Immunität aber eng und abschliessend umschreibt. Die Konvention verankert die Staatenimmunität als Grundsatz (Art. 15) und regelt in Art. 4–14 die Ausnahmen für bestimmte staatliche Handlungsbereiche wie zum Beispiel vertragliches Handeln im Allgemeinen (Art. 4), Arbeitsverträge (Art. 5), Verpflichtungen betreffend staatliche Niederlassungen, die gewerbliche Tätigkeiten wahrnehmen (Art. 7) oder Verpflichtungen des Staats aus unerlaubten Handlungen im Gerichtsstaat (Art. 11)¹⁴⁵. Eine Eigenheit des ECSI besteht darin, dass es zwangsweise Vollstreckungsmassnahmen gänzlich ausschliesst (Art. 23) – das heisst, es gewährt absolute Vollstreckungsimmunität – im Gegenzug aber eine Verpflichtung der Vertragsparteien enthält, gegen sie ergangene Urteile zu erfüllen (Art. 20). Kommt dem ein Land nicht nach, kann die Gegenpartei vor dessen Gerichten ein Urteil darüber erwirken, ob es das (ursprüngliche) Urteil umzusetzen hat (Art. 21). Das ECSI kodifizierte nur teilweise bestehendes Völkergewohnheitsrecht und stellt in weiten Teilen ein Spezialregime dar¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Zum Gehalt siehe insb. Erläuternder Bericht des Europarats (ECSI, Explanatory Report); ferner BUNDESRAT, Botschaft ECSI; KARCZEWSKI, Übereinkommen, S. 533–550; MARIE-ODILE WIEDERKEHR, La Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972, in AFDI 1974, S. 924–943 und FOX/WEBB, State Immunity, S. 116 ff.

¹⁴⁵ Möglich ist auch ein Verzicht auf die Immunität. Vgl. Art. 1–4 ECSI.

¹⁴⁶ Nach FOX trifft Letzteres namentlich auf Art. 5 ECSI zu (Employment Contracts, S. 137); siehe ferner MATHIAS-CHARLES KRAFFT, La Convention européenne sur l'immunité des états et son protocole additionnel, in SZIER 1975, S. 11–30, 28. Das Abkommen nahm teils spätere Entwicklungen im Völkergewohnheitsrecht vorweg – Verankerung der be-

Für Länder, in denen bereits vor Abschluss des Abkommens die beschränkte Staatenimmunität (inkl. einer beschränkten Zwangsvollstreckung) galt, ging das ECSI zu wenig weit. Daher sieht Art. 24 ff. ein Fakultativregime vor, dem sich die Parteien mittels einer separaten Erklärung anschliessen können. Eine solche Erklärung haben neben der Schweiz auch Deutschland, Belgien, Luxemburg, Holland und Grossbritannien abgegeben. Im Fakultativregime können die Vertragsparteien *acta iure gestionis* in grösserem Umfang bejahen als nach den Ausnahmen von Art. 1–14 ECSI. Das bedeutet im Wesentlichen, dass Länder, die bis anhin der beschränkten Immunität gefolgt waren, ihre bisherige – gegenüber Nichtvertragsstaaten massgebliche – Praxis auch gegenüber den ECSI-Vertragsparteien anwenden (und weiterentwickeln) können. Zudem lässt das Fakultativregime in beschränktem Umfang Zwangsvollstreckungsmassnahmen zu.

Schliesslich existiert noch ein Zusatzprotokoll zum ECSI¹⁴⁷. Es verschafft unter anderem der Partei, die ein Urteil gegen einen Staat erwirken konnte, im Fall der Nichterfüllung die Möglichkeit, durch ein Europäisches Gericht eine Feststellung zu verlangen, ob dieser das Urteil zu erfüllen hat (Art. 1)¹⁴⁸.

Die Bedeutung des ECSI ist in der Praxis des Bundesgerichts bescheiden geblieben: Soweit ersichtlich betreffen praktisch alle (publizierten) Urteile, die darauf Bezug nehmen, die Frage, welche Relevanz es für Verfahren gegen Nichtvertragsstaaten hat. Das Bundesgericht vertritt den Standpunkt, dass seine Regelungen insoweit nur mit grösster Zurückhaltung anzuwenden sind, da das ECSI in weiten Teil nicht Völkergewohnheitsrecht zum Ausdruck bringt¹⁴⁹.

schränkten Gerichtsbarkeitsimmunität –, fällt teilweise mittlerweile aber auch dahinter zurück (z.B. sehr zurückhaltende und abschliessende Umschreibung der *acta iure gestionis*) und enthält überdies Regeln, die in der früheren aber auch späteren Staatenpraxis keine Parallelen finden (absolute Vollstreckungsimmunität mit Verpflichtung zur Umsetzung der Urteile und Möglichkeit eines Feststellungsurteils). Aus heutiger Sicht erscheint das ECSI überholt.

¹⁴⁷ Neben der Schweiz haben es Österreich, Belgien, Zypern, Luxemburg und Holland ratifiziert.

¹⁴⁸ Die Partei hat folglich die Wahl, ob sie sich für die Feststellung an ein Gericht des Staats, der seiner Verpflichtung nicht nachkommt wendet oder an das Europäische Gericht.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. BGer 4C.338/2002 vom 17.1.2003, E. 3 und BGE 120 II 400, E. 3, in welchem das BGer auch auf seine frühere abweichende Praxis Bezug nimmt.

II. Staatenimmunität nach dem generellen Regime

1. Art. 5 ECSI: Arbeitsvertrag

Art. 5 ECSI regelt die Staatenimmunität für Verfahren betreffend Arbeitsverträge zwischen einem Staat und einem Individuum, wenn die Arbeit im Gerichtsstaat zu leisten ist. In seinen Anwendungsbereich fallen auch arbeitsvertragliche Verhältnisse von Hausangestellten der Missionen mit dem Entsendestaat. Die Immunität beurteilt sich daher primär nach Art. 5 ECSI, wenn sie den Arbeitgeberstaat wegen (ihm zurechenbaren) ausbeuterischen Verhaltens zivilrechtlich verklagen¹⁵⁰. Aufgrund der Teilnahme der Schweiz am ECSI-Fakultativregime, ist die Norm aber praktisch irrelevant¹⁵¹. Sie ist noch insofern von Bedeutung, als die beiden ECSI-Vertragsparteien Österreich und Zypern, die nicht am Fakultativregime teilnehmen, nur verpflichtet sind, Urteile umzusetzen, die nach Massgabe von Art. 5 ECSI (generelles Regime) ergangen sind. Aus diesem Grund und weil die Funktionsweise des Fakultativregimes nur vor dem Hintergrund des generellen Regimes verständlich ist, wird Art. 5 ECSI dennoch kurz erörtert. Er bestimmt¹⁵²:

«1. Ein Vertragsstaat kann vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaats Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen, wenn das Verfahren einen zwischen dem Staat und einer natürlichen Person geschlossenen Arbeitsvertrag betrifft und die Arbeit im Gerichtsstaat zu leisten ist.

2. Absatz 1 ist nicht anzuwenden,

- (a) wenn die natürliche Person im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens die Staatsangehörigkeit des Staats hat, der ihr Arbeitgeber ist,
- (b) wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder Angehörige des Gerichtsstaats war noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat hatte oder
- (c) wenn die Vertragsparteien schriftlich etwas anderes vereinbart haben, sofern nicht nach dem Recht des Gerichtsstaats dessen Gerichte wegen der Art der Streitigkeit ausschliesslich zuständig sind.

3. [...].»

¹⁵⁰ Zur Zurechenbarkeit des ausbeuterischen Verhaltens von Diplomatinen siehe eingehend S. 111 ff. und 40 ff. Vom Anwendungsbereich des ECSI ausgeschlossen sind Verfahren betreffend die soziale Sicherheit (Art. 29 lit. a ECSI).

¹⁵¹ Siehe zum Fakultativregime S. 61 ff.

¹⁵² Zur unklaren Reichweite des Begriffs Arbeitsvertrag siehe die Darlegungen zur analog verfassten Vorschrift nach Art. 11 UNCSI auf S. 71 ff.

Nach Art. 5 Abs. 1 ECSI kann der Entsendestaat in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Hausangestellten diplomatischer Missionen dem Grundsatz nach keine Immunität beanspruchen. Ausnahmen hiervon gelten für Streitigkeiten mit Angestellten, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung die Staatsangehörigkeit des Arbeitgeberstaats besitzen (Art. 5 Abs. 2 lit. a ECSI) und mit Drittstaatenangehörigen, die bei Vertragsschluss keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz aufweisen (Art. 5 Abs. 2 lit. b ECSI) sowie falls die Vertragsparteien mittels Gerichtsstandsvereinbarung dem Gerichtsstaat die Zuständigkeit entziehen (Art. 5 Abs. 2 lit. c ECSI)¹⁵³. Eine solche Vereinbarung ist nur zulässig, wenn der Gerichtsstaat nicht die ausschliessliche Zuständigkeit für die Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten beansprucht. Dies trifft auf die Schweiz zu (vgl. Art. 115 i.V.m. Art. 5 IPRG und Art. 21 LugÜ)¹⁵⁴, sodass eine Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich zulässig ist¹⁵⁵.

Im Erläuternden Bericht zum ECSI wird die Gerichtsbarkeitsimmunität für arbeitsrechtliche Verfahren mit eigenen Staatsangehörigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a) und die sehr weitgehende Immunität gegenüber Drittstaatenangehörigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b) mit der Begründung gerechtfertigt, dass diese Angestellten einen engeren Bezug zum Arbeitgeber- als zum Gerichtsstaat aufweisen¹⁵⁶. Das erscheint in Bezug auf Bürgerinnen und Bürger des Entsendestaats sowie Drittstaatenangehörige, die bei der Anstellung dort wohnen, nachvollziehbar. Für andere Drittstaatenangehörige vermag das mit Blick auf Prozesse nach Arbeitsbeginn nicht ohne Weiteres zu überzeugen. Immerhin leben diese im Gerichtsstaat (wohnen, Arbeit und Freizeit).

Art. 5 ECSI enthält eine klare Regelung. Gewisse Fragen wirft dagegen Art. 32 ECSI auf. Er statuiert, dass

«[d]ieses Übereinkommen [...] nicht die Vorrechte und Immunitäten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben der diplomati-

¹⁵³ ECSI, Explanatory Report, Ziff. 30; SBOLCI, *Controversie di lavoro*, S. 251.

¹⁵⁴ Siehe MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Art. 115 in Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller et al., *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich 2004. Ferner S. 24.

¹⁵⁵ Sollte eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 Abs. 2 lit. c ECSI gerichtlich zu beurteilen sein, könnte sich allerdings die Frage nach dem Verhältnis des ECSI zum LugÜ stellen, da Art. 21 LugÜ die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen regelt und eine im Vergleich zu Art. 5 Abs. 2 lit. c ECSI restriktivere Lösung enthält (dazu auch S. 85, Fn. 241). Bei der Beantwortung der nicht auf Anhieb klaren Frage, welches der beiden Abkommen im Konfliktfall vorgeht, sind Art. 64 ff. LugÜ sowie Art. 33 ECSI zu beachten; zu Letzterem auch ECSI, Explanatory Report, Ziff. 118.

¹⁵⁶ ECSI, Explanatory Report, Ziff. 30.

schen Missionen und der konsularischen Vertretungen sowie der diesen angehörenden Personen [berührt].»

Art. 32 ECSI verdeutlicht zunächst, dass bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, welche diplomatische Missionen betreffen, Art. 5 zusammen mit Art. 32 ECSI zu lesen ist¹⁵⁷ und beinhaltet eine Konfliktregel zugunsten des diplomatischen Rechts. Im Ergebnis wirkt sich die Vorschrift aber kaum auf den Gehalt von Art. 5 ECSI aus. Der Zweck der diplomatischen Vorrechte und Immunitäten besteht darin, die wirksame Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben sicherzustellen (*ne impediatur legatio*)¹⁵⁸. Die Gerichtsbarkeitsimmunität des Missionspersonals ist hauptsächlich in Art. 31, Art. 32 und Art. 37 WÜD geregelt. Dahinter steht die Sorge, dass das Missionspersonal durch die Verwicklung in – schlimmstenfalls missbräuchliche oder politisch motivierte – Prozesse an der effektiven Erfüllung seiner Aufgaben gehindert wird. Vor Augen standen dabei Prozesse mit *Dritten*¹⁵⁹, wobei die grösste Gefahr für den Missionsbetrieb von Klagen Dritter *gegen* das Missionspersonal herrührt und lediglich in mindermem Mass von Klagen desselben gegen Dritte. Zur Sonderkonstellation, dass das Personal den eigenen Entsendestaat im Gaststaat verklagt, äussert sich das WÜD nicht ausdrücklich und die Subsumtion dieser Sachlage unter die vorgenannten Normen will auch nicht recht passen. Es erscheint höchst zweifelhaft, dass der Entsendestaat die diplomatische Immunität des Missionspersonals gegen dasselbe einsetzen kann¹⁶⁰. Dem WÜD lässt sich demnach für die in Frage stehende Konstellation, dass Missionsangestellte im Ausland den eigenen Entsendestaat verklagen, keine klare Vorgabe entnehmen. Der Verweis von Art. 32 ECSI auf die Immunitäten und Vorrechte des WÜD kommt in Bezug auf Art. 5 ECSI damit im Wesentlichen die Funktion einer Auslegungshilfe zu. Die Bestimmung ist so zu interpretieren, dass die Aufgabenerfüllung durch den Entzug der Staatenimmunität nicht vereitelt wird.

¹⁵⁷ So in der Sache auch FOX, *Employment Contracts*, S. 128 ff. sowie CANDRIAN, *L'immunité des états*, Rz. 246. Der Explanatory Report zum ECSI hält zu Art. 5 fest (Ziff. 30): «As regards contracts of employment with diplomatic missions or consular posts, Article 32 shall also be taken into account.» Zu Art. 32 führt der Bericht u.a. aus: «The Convention [ECSI] cannot prejudice diplomatic and consular immunities, directly. It is clear from Article 32 [...] that in the event of conflict between the present convention and the instruments mentioned above, the provisions of the latter shall prevail».

¹⁵⁸ Siehe dazu auch S. 100 f.

¹⁵⁹ Die Kommentare zu Art. 31, Art. 32 und Art. 37 WÜD thematisieren die zivilrechtliche Gerichtsbarkeit denn auch vorab unter dem Gesichtspunkt von Prozessen des Botschaftspersonals mit Drittpersonen (und nicht mit dem Entsendestaat). Siehe z.B. DENZA, *Commentary*; WAGNER/RASCH/PRÖPSTL, *Kommentar*; RICHTSTEIG, *Kommentierung und CAHIER*, *Droit diplomatique*, S. 242 ff.

¹⁶⁰ FOX, *Employment Contracts*, S. 128 f. m.H. auf die Praxis.

Die Beurteilung, unter welchen Umständen die Erfüllung der diplomatischen Aufgaben beeinträchtigt wird, kann sich im Lauf der Zeit verändern. Dass zusehends mehr Länder im Rahmen der völkergewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität dem Entsendestaat bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichen *Hausangestellten*, wenn überhaupt, nur mehr in eng begrenzten Ausnahmefällen Immunität gewähren¹⁶¹, zeugt von der immer stärker verbreiteten – wenn auch (noch) nicht universellen – Auffassung, dass Gerichtsverfahren zwischen Hausangestellten und dem Entsendestaat dessen inneren Souveränitätsbereich nicht ungebührlich beschlagen oder den Missionsbetrieb gefährden. Wäre dieser ernsthaft in Gefahr, würde diesbezüglich der Schutz der Staatenimmunität kaum – auch nur punktuell – versagt. Daraus folgt, dass Gerichtsprozesse mit dienstlichen Hausangestellten mit Art. 32 ECSI grundsätzlich vereinbar sind, da sie dem wirksamen diplomatischen Dienst nicht entgegen stehen. Die Mitberücksichtigung von Art. 32 ECSI modifiziert demnach nach der hier vertretenen Ansicht den Gehalt von Art. 5 ECSI in Bezug auf die Geltung der Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem dienstlichen Hauspersonal nicht¹⁶².

Nach Art. 5 in Verbindung mit Art. 32 ECSI steht dem Entsendestaat infolgedessen bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem dienstlichen Hauspersonal Immunität zu, wenn die Streitigkeit eine eigene Staatsangehörige (bei der Verfahrenseinleitung, Art. 5 Abs. 2 lit. a ECSI) oder eine Drittstaatenangehörige betrifft, die bei Vertragsschluss keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hatte (Art. 5 Abs. 2 lit. b ECSI). Bei Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal, das bei Vertragsschluss die Schweizer Staatsangehörigkeit besitzt oder bei Hauspersonal aus Drittstaaten, das bei Vertragsschluss in der Schweiz wohnhaft war, kann der Arbeitgeberstaat hingegen keine Immunität beanspruchen. Arbeitgeberstaaten, für die das generelle ECSI-Regime gilt (Österreich und Zypern), sind grundsätzlich verpflichtet, nach Massgabe von Art. 5 ECSI ergangene Urteile umzusetzen. Im Fall der Nichterfüllung hat das Hauspersonal aber mit

¹⁶¹ Vgl. z.B. die Schweizer Praxis zu den dienstlichen Hausangestellten nach Gewohnheitsrecht (dazu S. 45 ff.) sowie die Hinweise bei KÖHLER auf die Praxis weiterer Länder, in denen für Arbeitsverhältnisse an Botschaften nur zurückhaltend Staatenimmunität gewährt wird (Employment Contracts, S. 78 ff.). Auch Art. 11 UNCSI gesteht in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal in der Regel keine Immunität zu. Dazu S. 70 ff.

¹⁶² So (mit weiteren Argumenten) auch FOX, Employment Contracts, S. 128–133 und 140 m.H.; CANDRIAN, L'immunité des états, Rz. 244–247 sowie CAPH, 5.12.2002, C/2737/2001–5, E. D/73. Ein Teil der Lehre und Praxis vertritt dagegen die Ansicht, dass Art. 5 ECSI (wegen Art. 32 ECSI) nicht auf Arbeitsverhältnisse an diplomatischen Missionen anwendbar sei. So z.B. IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, Staatenimmunität gegenüber Dienstnehmerklagen von Botschaftspersonal, in IPRax 1993, S. 190–191, 190 f.; weitere Hinweise bei KÖHLER, State Immunity, S. 71.

Ausnahme der Erwirkung eines Feststellungsurteils¹⁶³ keine Möglichkeit, die Umsetzung des Urteils zu erzwingen.

2. Art. 11 ECSI: Personen- und Sachschäden

Nach Art. 11 ECSI kann ein ausländischer Staat keine Gerichtsbarkeitsimmunität beanspruchen, wenn das Verfahren den Ersatz eines Personen- oder Sachschadens betrifft, das schädigende Ereignis im Gerichtsstaat eingetreten ist und der Schädiger sich bei Eintritt des Ereignisses dort aufgehalten hat (gebietsbezogene Deliktsausnahme, *territorial tort exception*). Dem Entsendestaat zurechenbares ausbeuterisches Verhalten gegenüber dem Hauspersonal diplomatischer Missionen führt in einzelnen Fällen zu einer Verletzung der körperlichen Integrität und damit zu einem Personenschaden im Sinn von Art. 11 ECSI. Die gebietsbezogene Deliktsausnahme kann daher grundsätzlich auch bei Rechtsverstössen gegen dienstliches Hauspersonal relevant werden, da diesfalls die schädigende Handlung in der Regel im Gerichtsstaat erfolgt und sich der Verursacher (meist ein Diplomat) auch hier aufhält. Das Europäische Staatenimmunitätsabkommen äussert sich allerdings nicht zum Verhältnis zwischen der Immunitätsregelung für arbeitsvertragliche Streitigkeiten und der gebietsbezogenen Deliktsausnahme. Die UNO-Staatenimmunitätskonvention enthält ebenfalls eine Immunitätsregelung für arbeitsvertragliche Streitigkeiten und eine gebietsbezogene Deliktsausnahme, die in ihrer Struktur und ihrem Inhalt in den Grundzügen mit Art. 5 und Art. 11 ECSI vergleichbar sind. Betreffend das Verhältnis dieser beiden Immunitätsausnahmen im Zusammenhang mit Rechtsverstössen gegen dienstliches Hauspersonal wird daher auf die Ausführungen zum UNO-Staatenimmunitätsabkommen verwiesen¹⁶⁴.

III. Staatenimmunität nach dem ECSI-Fakultativregime

Infolge der Teilnahme der Schweiz am ECSI-Fakultativregime beurteilt sich die Geltung der Staatenimmunität bei zivilrechtlichen Klagen des dienstlichen Hauspersonals grösstenteils nicht nach Art. 5 oder Art. 11 ECSI, sondern nach der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität. Das Fakultativregime ermöglicht der Schweiz, den Kreis der *acta iure gestionis* zu erweitern und dadurch die Anwendung der Staatenimmunität einzudämmen. Als inhaltliche Schranke gibt das

¹⁶³ Nach Art. 21 ECSI oder nach Art. 1 lit. b ZP ECSI.

¹⁶⁴ S. 88 f.

ECSI lediglich vor, dass die Geltung der Staatenimmunität für *acta iure imperii* gewahrt bleiben muss (Art. 24 Abs. 1).

Praktisch bedeutet die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität, dass dem Entsendestaat in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit dem dienstlichen Hauspersonal (wegen ihm zurechenbarer Rechtsverstösse) keine Gerichtsbarkeitsimmunität gewährt wird, da das Bundesgericht Arbeitsverhältnisse mit dem untergeordneten Personal diplomatischer Vertretungen als *acta iure gestionis* qualifiziert¹⁶⁵. Die Nichtanwendung der Gerichtsbarkeitsimmunität betrifft demnach auch Streitigkeiten mit Angehörigen des Arbeitgeberstaats sowie Drittstaatenangehörigen, die im Ausland rekrutiert worden sind.

Es wirkt sich auf die Vollstreckung von Urteilen aus, ob der Staat gegen den das Urteil ergangen ist, lediglich am generellen ECSI-Regime oder am Fakultativregime teilnimmt. Länder, die ebenfalls eine Erklärung nach Art. 24 ECSI abgegeben haben – neben der Schweiz Deutschland, Belgien, Luxemburg, Holland und Grossbritannien –, sind nach Art. 25 ECSI grundsätzlich verpflichtet, (abweichend von Art. 5 ECSI) gestützt auf die gewohnheitsrechtliche Rechtsprechung ergangene Urteile umzusetzen¹⁶⁶. Zudem sind bei diesen Ländern in engem Umfang Vollstreckungsmassnahmen gegen für gewerbliche oder kaufmännische Tätigkeiten verwendete staatliche Vermögenswerte zulässig, wenn sich das Verfahren auf eine solche Tätigkeit des fremden Staats bezieht (Art. 26 ECSI)¹⁶⁷. Zu Recht macht die Literatur darauf aufmerksam, dass der Gehalt von Art. 26 ECSI mit Unklarheiten behaftet ist¹⁶⁸. Aus Sicht des dienstlichen Hauspersonals, das gegen den Entsendestaat ein Urteil erwirken konnte, sind die Chancen, dieses gegen dessen Willen durchzusetzen damit mindestens ebenso schlecht wie gestützt auf die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität und somit praktisch gleich null.

Auch gegenüber Österreich und Zypern, die selber nicht am Fakultativregime teilnehmen, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Gerichtsbarkeitsimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal nicht nach Art. 5 ECSI, sondern gestützt auf die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität zu entscheiden¹⁶⁹. Diese beiden Länder trifft jedoch aufgrund ihrer

¹⁶⁵ Siehe zur Praxis des Bundesgerichts eingehend S. 45 ff.

¹⁶⁶ Zu den Ausnahmen zur Umsetzungspflicht siehe Art. 25 ECSI.

¹⁶⁷ BUNDESRAT, Botschaft ECSI, S. 991.

¹⁶⁸ KARCZEWSKI legt etwa dar, dass sich aus dem Wortlaut nicht eindeutig ergibt, ob eine Konnexität zwischen zugrunde liegender kommerzieller Tätigkeit und Vollstreckungsobjekt erforderlich ist (Übereinkommen, S. 540 f.).

¹⁶⁹ Siehe Art. 24 ECSI; ECSI, Explanatory Report, Ziff. 96 und 99 sowie SINCLAIR, European Convention, S. 269.

Nichtteilnahme am Fakultativregime keine Pflicht, Urteile, die nicht nach Massgabe von Art. 5 oder Art. 11 ECSI ergangen sind, umzusetzen. Dies wäre etwa der Fall, wenn das Bundesgericht auch bei Streitigkeiten mit Staatsangehörigen dieser Länder oder Drittstaatenangehörigen, die im Ausland rekrutiert worden sind, die Immunität verweigert. Gegen Österreich und Zypern dürften diesfalls im Fall der Nichtbefolgung des Urteils keine Zwangsvollstreckungsmassnahmen getroffen werden¹⁷⁰.

IV. Fazit: Auswirkungen des ECSI auf den Zivilrechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen

Die Staatenimmunität und damit das ECSI werden bei der Ausbeutung von Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten grundsätzlich nur relevant, wenn die betroffene Bedienstete den Entsendestaat zivilrechtlich verklagen kann. Diese Möglichkeit haben im Wesentlichen nur dienstliche Hausangestellte ausländischer Missionen soweit die ihnen gegenüber durch andere Missionsangestellte begangenen Rechtsverstösse dem Entsendestaat (ihrem Arbeitgeber) zu-rechenbar sind, beziehungsweise dieser ihnen gegenüber Schutzpflichten verletzt hat. Sind diese Voraussetzungen gegeben, gelangt das ECSI grundsätzlich bei Streitigkeiten mit Entsendestaaten zur Anwendung, die ebenfalls Vertragsparteien sind.

Inhaltlich beurteilt sich indes die Geltung der Staatenimmunität auch gegenüber anderen ECSI-Vertragsparteien grösstenteils nach der bundesgerichtlichen Praxis zur gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität (dazu § 7). Dem ist so, weil die Schweiz am Fakultativregime teilnimmt und damit von den in Art. 1–14 ECSI vorgesehenen Immunitätsregelungen und insbesondere Art. 5 ECSI zu arbeitsvertraglichen Streitigkeiten abweichen kann. Infolgedessen gilt mehrheitlich auch bei Anwendung des ECSI, dass Entsendestaaten in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit Hauspersonal ihrer diplomatischen Missionen keine Gerichtsbarkeitsimmunität geniessen, da das Bundesgericht Arbeitsverhältnisse mit den untergeordneten Angestellten ausländischer Missionen als *acta iure gestionis* einstuft. Das Fakultativregime sieht eng umgrenzte Möglichkeiten vor für Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen staatliche Vermögenswerte, die ausschliesslich für nicht hoheitliche Zwecke verwendet werden. Nach dem Fakultativregime des ECSI steht demnach primär die staatliche Vollstreckungs- und nicht die Gerichtsbarkeitsimmunität der Durchsetzung der Rechte dienstlicher Hausangestellter entgegen.

¹⁷⁰ SINCLAIR, European Convention, S. 269.

Das generelle Regime des ECSI – massgeblich sind, falls dem Entsendestaat zurechenbare Rechtsverstösse gegen dienstliche Hausangestellte vorliegen, Art. 5 ECSI (arbeitsvertragliche Streitigkeiten) und Art. 11 ECSI (gebietsbezogene Deliktsausnahme) – gewährt Entsendestaaten in zivilrechtlichen Streitigkeiten im Vergleich zur gestützt auf Wohnheitsrecht entwickelten Praxis des Bundesgerichts eine weitergehende Staatenimmunität. Art. 5 ECSI hat aber nur noch im Verhältnis zu Österreich und Zypern eine gewisse Bedeutung, da diese beiden Länder nicht am Fakultativregime teilnehmen. Beurteilt sich die Immunität in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten nach Art. 5 ECSI, ist einem Teil der Hausangestellten (Angehörige des Entsendestaats bei Verfahrenseinleitung, Drittstaatenangehörige ohne gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz bei Vertragsschluss) der gerichtliche Rechtsschutz versagt. Soweit dagegen die gebietsbezogene Deliktsausnahme nach Art. 11 ECSI zur Anwendung gelangt – dies ist insbesondere möglich, wenn die Angestellte in ihrer körperlichen Integrität verletzt ist – geniesst der Entsendestaat keine Immunität. Das generelle Regime schliesst die Zwangsvollstreckung gegen den Entsendestaat absolut aus, sodass dienstliches Hauspersonal ohne die Kooperation des Arbeitgeberstaats keine Chance hat, gerichtlich anerkannte Forderungen durchzusetzen.

V. Keine Anwendung des ECSI auf Strafverfahren

Bestimmte Ausbeutungsformen stellen Straftatbestände dar. Wenn Hausangestellte ausländischer Missionen die verantwortlichen Personen strafrechtlich zur Verantwortung ziehen möchten, entscheidet im Wesentlichen deren diplomatische Immunität gemäss WÜD, ob ein Strafverfahren durchgeführt werden kann¹⁷¹. Soweit dieses Abkommen die Immunität des Missionspersonals nicht ohnehin umfassend regelt – was nicht abschliessend geklärt ist¹⁷² – bleibt daher kaum Raum für die Anwendung der Staatenimmunität (Amtsträgerimmunität) und damit auch des ECSI. Ob sich dessen Geltungsbereich überhaupt auf die Strafgerichtsbarkeit bezieht, regelt das ECSI nicht ausdrücklich. Mehrere Gründe sprechen dagegen: Materiell ist das Übereinkommen klar auf zivilrechtliche Materien ausgerichtet und zudem nimmt der Vertrag selber wie auch der erläuternde Bericht immer wieder auf «die gegen einen Staat ergangenen Urteile» Bezug. Dabei kann es sich nur um Zivilurteile handeln, da Strafurteile einzig gegen Individuen möglich sind. Ein weiteres Indiz dafür ist, dass das Übereinkommen in verschiedenen Artikeln auf Rechtsbehelfe Bezug nimmt, die typisch

¹⁷¹ Dazu ausführlich S. 121 f. und 124 f.

¹⁷² Siehe dazu auch S. 31, Fn. 59.

sind für Zivilprozesse (z.B. Widerklage). Der Grossteil der Literatur zum ECSI schenkt der Frage, ob es auch die Zulässigkeit von Strafklagen regelt, soweit ersichtlich, keine Beachtung. Aus den dargelegten Gründen erscheint aber die Annahme schlüssig, dass es sich auf die Zulässigkeit von zivilrechtlichen Klagen beschränkt und Strafklagen damit nicht zum Regelungsgegenstand gehören¹⁷³.

¹⁷³ Wie hier KREIKER, Exemptionen, S. 114f. m.H. Siehe zudem BUNDESRAT, Botschaft ECSI, S. 992. A.A. ROGER O'KEEFE, The European Convention on State Immunity and International Crimes, in CYELS 1999–2000, S. 507–520, insb. 508 ff. Als Grund für die fehlende Bezugnahme des ECSI auf die Strafgerichtsbarkeitsimmunität nennt er: «Quite simply, it was [mangels praktischer Relevanz] not considered worth bothering with» (S. 508).

§ 9

UNO-Staatenimmunitätskonvention und Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen

Die Staatenimmunität und damit – nach Inkrafttreten – auch das UNCSI wirkt sich soweit hier interessierend im Wesentlichen in Zivilverfahren aus, die gegen Staaten geführt werden. Die Möglichkeit, den Entsendestaat zivilrechtlich zu verklagen, steht lediglich den dienstlichen Hausangestellten der diplomatischen Missionen offen sowie den im Haushalt der Missionschefs tätigen Hausangestellten, die den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat geschlossen haben. Dabei setzt eine Klage gegen den Entsendestaat in jedem Fall voraus, dass diesem das Fehlverhalten der Missionsangestellten zurechenbar ist oder dass er Schutzpflichten gegenüber den dienstlichen Hausangestellten vernachlässigt hat. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, können auch dienstliche Hausangestellte nur gegen die verantwortlichen Einzelpersonen vorgehen, wobei die diplomatische Immunität der Missionsangestellten die Durchführung eines Zivil- oder Strafverfahrens oft verhindert (dazu Teil 3).

I. Das UNCSI im Überblick

Das UNO-Übereinkommen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit (UNO-Staatenimmunitätskonvention, UNCSI) wurde am 2. Dezember 2004 nach 27-jährigen Vorarbeiten von der UNO-Generalversammlung angenommen¹⁷⁴. Zu seiner Inkraftsetzung bedarf es 30 Ratifikationen (Stand Juli 2014: 16 Ratifikationen)¹⁷⁵. Die Schweiz ist seit 2010 Vertragspartei. Nachdem die Generalversammlung die Völkerrechtskommission (ILC) 1977 beauftragt hatte, sich mit Blick auf die Ausarbeitung eines Abkommens mit der Staatenimmunität zu befassen, legte diese 1991 einen Konventionsentwurf vor¹⁷⁶. Während das Prinzip der beschränkten Gerichtsbarkeitsimmunität bei den UNO-Mitgliedstaaten dem Grundsatz nach Zustimmung

¹⁷⁴ Zur Entstehungsgeschichte siehe z.B. HAFNER/LANGE, Convention, S. 45–50; HAFNER, Übereinkommen, S. 382 ff.; FOX/WEBB, State Immunity, S. 285 ff. und YANG, State Immunity, S. 441 ff.

¹⁷⁵ Art. 30 UNCSI.

¹⁷⁶ GV, Empfehlung vom 19.12.1977, UN Doc. A/RES/32/151, Ziff. 7; ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung.

fand, blieben vor allem einzelne Bereiche, in denen diese nicht gelten sollte (insb. privatwirtschaftliche Tätigkeiten, Arbeitsverträge, staatliche Unternehmen) sowie die Vollstreckungsimmunität umstritten. Aus diesem Grund wurden im Rahmen des Sechsten Ausschusses der Generalversammlung in den folgenden Jahren weitere Verhandlungen geführt und der ILC-Konventionsentwurf in verschiedenen Punkten, nicht aber in der Grundausrichtung, modifiziert. Die Annahme des Übereinkommens wurde nicht zuletzt durch weltpolitische Umwälzungen möglich: Die Völkerrechtskommission hatte das Projekt zu einer Zeit erarbeitet, in der das Prinzip der beschränkten Immunität zwar immer größere Verbreitung fand. Dennoch wandte eine Reihe von Ländern, namentlich im kommunistischen Ostblock noch die absolute Immunität an. Nach dem Mauerfall und einer gewissen Umbruchphase liberalisierten auch diese ihre Wirtschaft und übernahmen die beschränkte Staatenimmunität¹⁷⁷.

Die UNO-Staatenimmunitätskonvention regelt – anders als ihr Titel vermuten lässt – nicht nur die Gerichtsbarkeitsimmunität, sondern auch die Vollstreckungsimmunität. Sie findet Anwendung auf Gerichtsverfahren im Bereich des Zivil- und Verwaltungsrechts, nicht aber auf Strafverfahren¹⁷⁸. Das Abkommen verankert für die Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität das Prinzip der beschränkten Immunität und gliedert sich in sechs Teile: Einleitung, Allgemeine Grundsätze, Verfahren, in denen die Staatenimmunität nicht gilt, Staatenimmunität von Zwangsmassnahmen, verschiedene Bestimmungen sowie Schlussbestimmungen. Bestandteil des Abkommens ist überdies ein Annex¹⁷⁹. Er enthält vereinbarte Auslegungen («understandings») zu einzelnen Vertragsbestimmungen und ist Ausdruck des zähen Ringens um einen Kompromiss.

Das UNCSI statuiert im zweiten Teil (Art. 5) den Grundsatz, dass ein Staat nach Massgabe dieses Übereinkommens in Bezug auf sich selbst und sein Vermögen Immunität von der Gerichtsbarkeit anderer Länder geniesst. Im dritten Teil sind die Verfahren aufgezählt (teils mit Gegenausnahmen), in denen keine Immunität gewährt wird. Dazu gehören unter anderem Prozesse über privatwirtschaftliche Rechtsgeschäfte (Art. 10), Arbeitsverträge (Art. 11), Entschädigungen für Personen- und Sachschäden bei deliktischem Handeln im Gerichtsstaat (Art. 12), Eigentums- und Besitzverhältnisse an Vermögen (Art. 13), Immaterialgüterrechte (Art. 14), Beteiligungen an Gesellschaften oder anderen Vereinigun-

¹⁷⁷ Vgl. HAFNER/LANGE, Convention, S. 48 f.

¹⁷⁸ Die Nichtanwendung auf Strafverfahren ergibt sich nicht explizit aus dem Vertragstext, ist aber ausdrücklich in der Annahmeresolution der Generalversammlung erwähnt: UN Doc. A/RES/59/38. Siehe auch die allgemeine auslegende Erklärung der Schweiz, die unter Hinweis auf die GV-Resolution die Nichtgeltung der Konvention für Strafverfahren bekräftigt.

¹⁷⁹ Art. 25 UNCSI.

gen (Art. 15) sowie Verfahren über die Wirkung einer Schiedsvereinbarung (Art. 17). Ein Staat kann zudem auf seine Immunität verzichten (Art. 7–9 UNCSI).

Art. 26 UNCSI schreibt fest, dass das Abkommen anderen Verträgen, welche die Staatenimmunität zum Gegenstand haben, nachgeht. Das bedeutet auch, dass sich die Staatenimmunität zwischen Ländern, die Vertragspartei der Europäischen Staatenimmunitätskonvention und der UNO-Staatenimmunitätskonvention sind, grundsätzlich nach ersterer richtet¹⁸⁰. Diese Lösung dürfte indes hypothetischer Natur bleiben, da die Vertragsparteien des ECSI beabsichtigen, dieses zwischen den Parteien des UNCSI ausser Kraft zu setzen¹⁸¹.

II. Vollstreckungsimmunität im UNCSI

Das UNCSI sieht eine beschränkte Vollstreckungsimmunität vor und lässt Zwangsmassnahmen gegen den Willen des Schuldnerstaats grundsätzlich nur gegen Vermögenswerte zu, die nicht hoheitlichen Zwecken dienen (Art. 18–21)¹⁸². Massgebliches Unterscheidungskriterium ist folglich der Zweck der staatlichen Vermögenswerte. Kennzeichnend für das Vollstreckungsregime des UNCSI ist die Zerteilung in Zwangsmassnahmen vor und nach einer gerichtlichen Entscheidung. Zwangsmassnahmen vor der Urteilsfällung sind nur mit expliziter Zustimmung oder in Staatsvermögen, das spezifisch zur Tilgung des im Verfahren umstrittenen Anspruchs bestimmt wurde, zulässig (Art. 18). Nach der Urteilsfällung können dagegen gemäss Art. 19 UNCSI in drei Konstellationen Zwangsmassnahmen ergriffen werden: Erstens mit Zustimmung des Schuldnerstaats (lit. a)¹⁸³, zweitens gegen spezifisch für die Begleichung der umstrittenen Ansprüche ausgesondertes Vermögen (lit. b) sowie drittens in nicht hoheitlichen Zwecken dienendes («Vermögen, das zu anderen als nicht privatwirtschaftlichen staatlichen Zwecken benutzt

¹⁸⁰ Art. 33 ECSI räumt dagegen nur späteren Staatenimmunitätsabkommen zu Spezialgebieten nicht aber allgemeinen Staatenimmunitätsabkommen den Vorrang ein.

¹⁸¹ Siehe CAHDI, Rapport intérimaire de la réunion informelle des Etats Parties à la Convention européenne sur l'immunité des Etats vom 23.3.2006. Zum Verhältnis zwischen ECSI und UNCSI auch FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 293.

¹⁸² Weiterführend zum UNCSI-Vollstreckungsregime z.B. FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 490 ff.; MPEPIL, «State Immunity», Ziff. 49 ff.; HAFNER/LANGE, *Convention*, S. 68 ff.; weiter auch die Kommentierung zum ILC-Entwurf, obschon Art. 18 ff. UNCSI teils von der Entwurfsfassung abweichen, ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 18 f. Zu den Auswirkungen für die Schweiz siehe BUNDESRAT, Botschaft UNCSI, S. 1741 f. und 1746 ff.

¹⁸³ Der Verzicht auf die Gerichtsbarkeitsimmunität umfasst nicht auch jenen auf die Vollstreckungsimmunität (Art. 20 UNCSI).

wird»¹⁸⁴) und im Gerichtsstaat befindliches Vermögen, vorausgesetzt, dass es mit dem Rechtsträger, gegen den das Verfahren gerichtet war, in Zusammenhang steht (lit. c)¹⁸⁵. Zeigt der fremde Staat keinerlei Kooperationsbereitschaft (Zustimmung, Aussonderung von Vermögen), lässt das UNCSI demnach Zwangsmassnahmen in beschränktem Umfang lediglich nach der Urteilsfällung zu.

Art. 21 UNCSI nennt einzelne Vermögenswerte, die nicht als Vermögenswerte im Sinn von Art. 19 lit. c UNCSI gelten. Diesbezüglich wird ein hoheitlicher Verwendungszweck vermutet, sodass Zwangsmassnahmen grundsätzlich ausgeschlossen sind¹⁸⁶. Zu diesen Vermögenswerten zählen

- «a) Vermögen, einschliesslich Bankkonten, das für die Wahrnehmung der Aufgaben der diplomatischen Mission des Staats oder seiner konsularischen Vertretungen, Sondermissionen, Missionen bei internationalen Organisationen oder Delegationen bei Organen internationaler Organisationen oder bei internationalen Konferenzen benutzt wird oder für eine solche Nutzung bestimmt ist;
- b) Vermögen militärischer Art oder für die Wahrnehmung militärischer Aufgaben benutztes oder bestimmtes Vermögen;
- c) Vermögen der Zentralbank oder einer anderen Währungsbehörde des Staats;
- d) Vermögen, das Bestandteil des kulturellen Erbes des Staats oder seiner Archive ist und nicht zum Verkauf steht oder zum Verkauf bestimmt ist;
- e) Vermögen, das Bestandteil einer Ausstellung von wissenschaftlich, kulturell oder historisch bedeutsamen Gegenständen ist und nicht zum Verkauf steht oder zum Verkauf bestimmt ist.»

¹⁸⁴ Vgl. etwa IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 118 f.

¹⁸⁵ Art. 19 lit. c UNCSI lautet: «Gegen das Vermögen eines Staats dürfen im Zusammenhang mit einem Verfahren vor einem Gericht eines anderen Staats nach der Entscheidung keine Zwangsmassnahmen wie beispielsweise Pfändung, Beschlagnahme oder Vollstreckung angeordnet werden, sofern und soweit nicht [...] c) der Nachweis erbracht worden ist, dass das Vermögen von dem Staat eigens zu anderen als nicht privatwirtschaftlichen staatlichen Zwecken benutzt wird oder für eine solche Nutzung bestimmt ist und dass es sich im Gerichtsstaat befindet, vorausgesetzt, dass Zwangsmassnahmen nach einer Entscheidung nur gegen Vermögen angeordnet werden dürfen, das mit dem Rechtsträger, gegen den das Verfahren gerichtet war, im Zusammenhang steht».

¹⁸⁶ Vorbehalten bleiben die ausdrückliche Zustimmung zur Vollstreckung und die spezifische Aussonderung derartiger Vermögenswerte zur Tilgung einer Schuld.

Das UNCSI statuiert zwar die beschränkte Vollstreckungsimmunität. Indem es Zwangsmassnahmen vor Erlass eines Urteils ausschliesst, einem relativ weiten Kreis von Vermögenswerten einen hoheitlichen Zweck zuschreibt¹⁸⁷ und Massnahmen nur gegen die im Gerichtsverfahren bezeichnete staatliche Entität zulässt¹⁸⁸, sind die Chancen, im Gaststaat erfolgreich Ansprüche gegen den Willen des Schuldnerstaats durchzusetzen sehr gering. Insgesamt wird das UNCSI in der Schweiz im Vergleich zur gestützt auf Gewohnheitsrecht entwickelten Praxis eine Ausdehnung der Vollstreckungsimmunität bewirken, wobei das Verbot von Zwangsmassnahmen vor der Urteilsfällung die einschneidendste Einschränkung der Vollstreckungsmöglichkeiten darstellt¹⁸⁹. Ins Gewicht fällt aber auch, dass das gesamte Vermögen von Zentralbanken zum hoheitlichen Staatsvermögen gezählt wird (Art. 21 Abs. 1 lit. c UNCSI). Dies steht der Weiterführung der differenzierten bundesgerichtlichen Praxis zu den Zentralbanken, welche den tatsächlichen Zweck der betroffenen Vermögenswerte berücksichtigte, entgegen¹⁹⁰.

III. Art. 11 UNCSI: Arbeitsverträge

Das UNCSI enthält in Art. 11 eine spezifische Vorschrift für arbeitsvertragliche Streitigkeiten und nimmt diese von der weit gefassten Immunitätsregelung für privatwirtschaftliche Rechtsgeschäfte (Art. 10) aus¹⁹¹. Die Immunität für arbeitsrechtliche Streitigkeiten gehörte zu den am stärksten umstrittenen Bereichen¹⁹²; dabei gaben die Anstellungsverhältnisse an diplomatischen Missionen zu beson-

¹⁸⁷ Die Völkerrechtskommission scheint in ihrer Kommentierung davon auszugehen, dass auch sog. gemischte Botschaftskonten unter Art. 19 lit. a UNCSI fallen, unterlässt dazu aber eine eindeutige Aussage. Siehe ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 19, Ziff. 3 und zur Vollstreckung in Botschaftskonten auch S. 268 ff.

¹⁸⁸ Die Bedeutung dieser Einschränkung ist nicht restlos klar und bedarf der Konkretisierung in der Praxis. Siehe auch die vereinbarte Interpretation zu Art. 19 UNCSI im Annex des Abkommens. Für dienstliches Hauspersonal scheint sie in der Regel auszuschliessen, dass dieses das Vermögen von anderen Entitäten als dem Gesamtstaat – z.B. von staatlichen Unternehmen oder staatlichen Institutionen mit eigener Rechtspersönlichkeit – für Zwangsmassnahmen ins Auge fasst. Denn seine Forderungen richten sich gegen den Arbeitgeberstaat als solchen, da diplomatischen Vertretungen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Siehe zu dieser Vorschrift auch YANG, State Immunity, S. 401.

¹⁸⁹ Für eine kritische Würdigung dieser weitgehenden Vollstreckungsimmunität siehe S. 268 ff.

¹⁹⁰ Dazu auch S. 52, Fn. 140.

¹⁹¹ Siehe Art. 2 Abs. lit. c/iii UNCSI.

¹⁹² HAFNER/LANGE, Convention, S. 48.

deren Diskussionen Anlass¹⁹³. Im Sechsten Ausschuss der Generalversammlung wurden an der Regelung zu den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im ILC-Entwurf denn auch noch Änderungen vorgenommen¹⁹⁴. Das Resultat ist eine schwerfällige Vorschrift, wobei insbesondere die nachträglich im zweiten Absatz eingefügten lit. b und d teils vage sind. Durch den Einschub zusätzlicher Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtgeltung der Immunität und die teils unpräzisen Formulierungen gelang es, die in Bezug auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten nach wie vor bestehenden unterschiedlichen Vorstellungen der Staaten aufzufangen und zu kaschieren. Art. 11 UNCSI verankert in den Grundzügen nicht aber im Detail Völkergewohnheitsrecht¹⁹⁵.

1. Wortlaut und Anwendungsbereich

Art. 11 UNCSI trägt die Überschrift «Arbeitsverträge» und lautet:

«1. Sofern die betreffenden Staaten nichts anderes vereinbart haben, kann sich ein Staat vor einem sonst zuständigen Gericht eines anderen Staats nicht auf Immunität von der Gerichtsbarkeit in einem Verfahren berufen, das sich auf einen zwischen dem Staat und einer natürlichen Person geschlossenen Arbeitsvertrag bezieht, demzufolge die Arbeit ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet dieses anderen Staats geleistet wird beziehungsweise zu leisten ist.

2. Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn

- a) der Arbeitnehmer eingestellt worden ist, um bestimmte Aufgaben in Ausübung von Hoheitsgewalt zu erfüllen;
- b) der Arbeitnehmer
 - i) ein Diplomat im Sinne des Wiener Übereinkommens von 1961 über diplomatische Beziehungen ist;
 - ii) ein Konsularbeamter im Sinne des Wiener Übereinkommens von 1963 über konsularische Beziehungen ist;

¹⁹³ Vgl. PINGEL, *Observations*, S. 1050 f. und HAFNER, *Übereinkommen*, S. 391; zu den von der ILC diskutierten Varianten zu Art. 11 UNCSI siehe FOX, *Employment Contracts*, S. 150 ff.

¹⁹⁴ Vgl. ILC, *Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung*, Art. 11 sowie Art. 11 UNCSI.

¹⁹⁵ Siehe dazu auch LENGELSEN, *Staatenimmunität*, S. 89 f. m.w.H. und YANG, *State Immunity*, S. 196. Dagegen vertritt der EGMR – etwas vorschnell – die Ansicht, Art. 11 habe gewohnheitsrechtlichen Charakter: *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 54.

- iii) ein Mitglied des diplomatischen Personals einer Ständigen Mission bei einer internationalen Organisation oder einer Sondermission ist oder eingestellt wurde, um einen Staat bei einer internationalen Konferenz zu vertreten, oder
- iv) eine andere Person ist, die diplomatische Immunität genießt;
- c) die Einstellung, die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses oder die Wiedereinstellung einer natürlichen Person Gegenstand des Verfahrens ist;
- d) die Entlassung oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer natürlichen Person Gegenstand des Verfahrens ist und das Verfahren nach Feststellung des Staats- oder Regierungschefs oder des Aussenministers des Staats, der ihr Arbeitgeber ist, den Sicherheitsinteressen dieses Staats zuwiderliefe;
- e) der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens Angehöriger des Staats ist, der sein Arbeitgeber ist, sofern er nicht seinen ständigen Aufenthalt im Gerichtsstaat hat, oder
- f) der Staat, der Arbeitgeber ist, und der Arbeitnehmer schriftlich etwas anderes vereinbart haben, sofern den Gerichten des Gerichtsstaats nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) wegen des Verfahrensgegenstands die ausschliessliche Zuständigkeit übertragen wird.»

Art. 11 UNCSI findet gemäss Wortlaut auf Verfahren Anwendung, die sich auf einen Arbeitsvertrag zwischen einem Staat und einem Individuum beziehen. Der Begriff «Arbeitsvertrag» wird nicht definiert und die Erläuterungen der Völkerrechtskommission zum Anwendungsbereich der Vorschrift sind sehr allgemein. Danach betrifft «[t]he area of exception under this article [...] a contract of employment or service between a State and a natural person [...] for work performed or to be performed in whole or in part in the territory of another State. [...] The exception to State immunity applies to matters arising out of the terms and conditions contained in the contract of employment.»¹⁹⁶ Art. 11 UNCSI verwendet eine am vertraglichen Charakter des Arbeitsverhältnisses orientierte Formulierung. Das wird dem Umstand nicht gerecht, dass sich die Rechte und Pflichten des Arbeitgeberstaats und der Arbeitnehmenden nicht allein aus dem

¹⁹⁶ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 2.

Arbeitsvertrag ergeben¹⁹⁷, sondern häufig und massgeblich durch zwingende gesetzliche Vorschriften des Gaststaats bestimmt und ergänzt werden¹⁹⁸. Angesichts der engen Formulierung von Art. 11 UNCSI könnte fraglich erscheinen, ob davon auch Streitigkeiten über gesetzlich vorgeschriebene Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erfasst sind. Allerdings liess sich die Völkerrechtskommission bei der Ausarbeitung von Art. 11 UNCSI ausdrücklich von der Überlegung leiten, dass der Gaststaat bei eigenen Staatsangehörigen und den sich ständig dort aufhaltenden Personen ein überwiegendes Interesse an der Anwendung seiner Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmerschaft hat (z.B. betreffend Krankenversicherung, Minimallöhne, Ruhezeiten, Ferien, Kündigung des Arbeitsvertrags)¹⁹⁹. Das deutet darauf hin, dass sie den Anwendungsbereich von Art. 11 UNCSI auch auf gesetzlich begründete Rechte und Pflichten der Arbeitnehmerin und des Arbeitgeberstaats betreffend das Arbeitsverhältnis beziehen wollte. Diese Lösung scheint auch sachgerecht, da sich gesetzliche Vorgaben ebenso auf die rechtliche Ausgestaltung des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses auswirken, wie die Vertragsbestimmungen selber²⁰⁰. Zudem steckt hinter Art. 11 UNCSI die Absicht, eine spezifisch auf den Staat als Arbeitgeber zugeschnittene Immunitätsregelung zu schaffen. Dieses Ziel würde in Frage gestellt, wenn die Bestimmung nur auf die vertraglich vereinbarten Ansprüche und Pflichten des Arbeitsverhältnisses bezogen würde, gesetzlich begründete dagegen insbesondere nach der allgemeinen Immunitätsregelung für das privatwirtschaftliche Handeln des Staats (Art. 10 UNCSI) zu beurteilen wären²⁰¹. Die Literatur weist darauf hin, dass mangels Klärung des Begriffs des Arbeitsvertrags im UNCSI und wegen der uneinheitlichen Staatenpraxis allfällige Definitionsprobleme (z.B. Abgrenzung gegenüber dem Auftrag) im nationalen Recht in das Staatenimmunitätsrecht übertragen werden²⁰². Hinsichtlich

¹⁹⁷ Massgeblich sind zudem allfällige allgemeine Dienstvorschriften des Entsendestaats und Gesamtarbeitsverträge; Fox, *Employment Contracts*, S. 102.

¹⁹⁸ Bspw. können bestimmte zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften des Schweizer Rechts durch eine Rechtswahl nicht wegbedungen werden. Dazu S. 24. Zu den mit dem Begriff Arbeitsvertrag verbundenen Unklarheiten siehe YANG, *State Immunity*, S. 134 ff. und Fox, *Employment Contracts*, S. 102 ff.

¹⁹⁹ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 4.

²⁰⁰ Für ein weites Verständnis auch YANG, *State Immunity*, S. 136 und FOAKES/O'KEEFE, Art. 11, S. 196 f.

²⁰¹ Überzeugend erscheint daher in der Sache der State Immunity Act in Grossbritannien (SIA) von 1978, der in der Immunitätsregelung für Arbeitsverträge ausdrücklich statuiert, dass auch Verfahren bezüglich gesetzlich begründeter Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter die Vorschrift fallen (Art. 4 Abs. 6 SIA, einsehbar unter www.legislation.gov.uk).

²⁰² YANG, *State Immunity*, S. 135.

der Reichweite von Art. 11 UNCSI ist namentlich umstritten, inwieweit Ansprüche erfasst sind, die im Vorfeld des Vertragsabschlusses entstehen (z.B. diskriminierende Nichteinstellung). Dass Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI explizit Immunität vorsieht für Verfahren, welche die Einstellung einer Person zum Gegenstand haben, ist meines Erachtens dahin zu verstehen, dass auch Ansprüche in Bezug auf das Einstellungsverfahren und damit Ansprüche, die zwangsläufig nicht vertraglich basiert sind, in den Geltungsbereich von Art. 11 UNCSI fallen²⁰³. Nicht entscheidend für die Anwendung von Art. 11 UNCSI kann grundsätzlich sein, ob ein ausdrücklicher (schriftlicher oder mündlicher) oder konkludenter Arbeitsvertrag vorliegt und die Parteien ihr Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag verstehen²⁰⁴. Schliesslich stellen auch kurze befristete Anstellungen Arbeitsverhältnisse im Sinn dieser Bestimmung dar²⁰⁵.

Vorausgesetzt, es liegt ein dem Entsendestaat zurechenbares Verhalten gegenüber Hausangestellten einer Mission vor, ist der Anwendungsbereich von Art. 11 UNCSI nach dem Gesagten jedenfalls berührt, wenn die betroffene Bedienstete zivilrechtliche Ansprüche wegen der Verletzung *vertraglicher* Verpflichtungen durch den Entsendestaat geltend macht. Ob auch gesetzlich begründete und das Arbeitsverhältnis betreffende Rechte und Pflichten der Parteien eines Arbeitsvertrags zu den Streitigkeiten aus Arbeitsvertrag zu zählen sind, lässt sich dem Abkommen und den Materialien wie gezeigt nicht zweifelsfrei entnehmen, ist nach der hier vertretenen Auffassung aber zu bejahen. Zu den zwingenden Vorschriften des Schweizer Arbeitsrechts gehört auch die Fürsorgepflicht des Arbeitge-

²⁰³ Dies ergibt sich m.E. auch aus dem Kommentar der ILC. Danach soll Art. 11 Abs. 2 lit. c [im Entwurf lit. b] «the discretionary power of appointment or non-appointment by the State of an individual to any official post or employment position» bestätigen. Nach den Erläuterungen gilt Immunität nur für «proceedings for recruitment, renewal of employment and reinstatement of an individual [...]». It is without prejudice to the possible recourse which may still be available in the State of the forum for compensation or damages for [...] breaches of obligation to recruit [...]» ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 10. Siehe aber ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 2, Ziff. 20. A.A. YANG, State Immunity, S. 155, inkl. Fn. 62. Seiner Ansicht nach unterstehen vorvertragliche Ansprüche nicht Art. 11 UNCSI. Dagegen sah der EGMR in *Fogarty v. the United Kingdom* ([GC], 37112/97 [2001], Ziff. 38 i.V.m. Ziff. 19) im Umstand, dass kein existierender Arbeitsvertrag betroffen war, sondern eine geschlechterdiskriminierende Nichteinstellung geltend gemacht wurde, kein Hindernis, diese an Art. 4 des englischen State Immunity Act (Contracts of Employment) und Art. 11 des Konventionsentwurfs 1991 (Employment Contracts) zu messen.

²⁰⁴ Vgl. auch YANG, State Immunity, S. 134 und 136.

²⁰⁵ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 4; vgl. auch *Tsakos v. United States of America*, 75 ILR 78; einen Arbeitsvertrag ohne schriftliche Vereinbarung bejahend z.B. CAPH, 28.6.2005, C/28907/2002–5, E. 3 (ohne Bezug zur Staatenimmunität).

bers, wonach dieser die physische und psychische Integrität sowie die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu achten und zu schützen hat (Art. 328 i.V.m. Art. 362 OR)²⁰⁶. Somit ist der Geltungsbereich von Art. 11 UNCSI namentlich berührt, wenn eine Hausangestellte zivilrechtliche Forderungen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gegen den Entsendestaat einklagt²⁰⁷.

Bei der Auslegung von Art. 11 UNCSI ist im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen an diplomatischen Missionen die vereinbarte Auslegung im Annex sowie Art. 3 UNCSI zu beachten. Erstere bestimmt unter anderem²⁰⁸, dass

«[n]ach Art. 41 [WÜD] alle in diese[m] Artikel bezeichneten Personen verpflichtet sind, die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften, einschliesslich des Arbeitsrechts, des Gastlands zu beachten. Gleichzeitig ist der Empfangsstaat nach Art. 38 [WÜD] verpflichtet, seine Hoheitsgewalt so auszuüben, dass er die Mission [...] bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht ungebührlich behindert.»

Der Hinweis, dass diplomatische Missionen durch die Ausübung der Hoheitsgewalt des Gaststaats bei der Ausübung ihrer Aufgaben nicht ungebührlich behindert werden dürfen, kann in Grenzfällen bei der Interpretation von unbestimmten Vorgaben in Art. 11 UNCSI helfen (Auslegungshilfe).

Art. 3 UNCSI hebt – ähnlich wie Art. 32 ECSI²⁰⁹ – hervor, dass das Übereinkommen insbesondere die Vorrechte und Immunitäten der Staaten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben der diplomatischen Missionen und Missionsangehörigen unberührt lässt²¹⁰. Die Staatenimmunität und die

²⁰⁶ Zur Möglichkeit und den Auswirkungen einer Rechtswahl siehe S. 23 ff.

²⁰⁷ Würde die Anwendbarkeit von Art. 11 UNCSI entgegen der hier vertretenen Ansicht für gesetzlich begründete Ansprüche der Arbeitnehmerschaft verneint, wäre die Geltung der Staatenimmunität insoweit nach Art. 10 UNCSI (privatwirtschaftliches Staatshandeln) oder gegebenenfalls nach Art. 12 UNCSI (Personen- oder Sachschäden) zu beurteilen. Zur Relevanz von Art. 12 UNCSI siehe S. 86 ff.

²⁰⁸ Zum ersten Absatz der vereinbarten Auslegung siehe die Ausführungen zu Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI (S. 81).

²⁰⁹ Beim ECSI wurde teils argumentiert, der Vorbehalt der diplomatischen Immunitäten in Art. 32 bedeute, dass Art. 5 ECSI nicht auf Arbeitsverhältnisse an diplomatischen Vertretungen anwendbar sei (dazu S. 58 ff.). Bei Art. 11 UNCSI schliesst bereits der Wortlaut aufgrund seiner Bezugnahme auf das diplomatische Personal eine entsprechende Interpretation aus. Die Nichtanwendbarkeit von Art. 11 UNCSI auf Anstellungsverhältnisse im diplomatischen Kontext wird zudem durch Voten während den Vertragsverhandlungen widerlegt.

²¹⁰ Art. 3 Abs. 1 UNCSI lautet: «Dieses Übereinkommen berührt nicht die von einem Staat aufgrund des Völkerrechts genossenen Vorrechte und Immunitäten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben a) seiner diplomatischen Missionen, konsularischen Vertretungen, Sondermissionen, Missionen bei internationalen Organisationen oder Dele-

diplomatische Immunität sind grundsätzlich zu unterscheiden, obschon es sich letztlich auch bei der diplomatischen Immunität um eine dem Staat zustehende Immunität handelt. Die Völkerrechtskommission kommentiert Art. 3 UNCSI in diesem Sinn dahingehend, dass die diplomatische Immunität «may also be regarded, in the ultimate analysis, as State immunity, since the immunities enjoyed by them [persons connected with the missions] belong to the State and can be waived at any time by the State [...] concerned.»²¹¹ Gewisse inhaltliche Überschneidungen können sich namentlich zwischen der diplomatischen Immunität *ratione materiae* und der aus der Staatenimmunität abgeleiteten allgemeinen Amtsträgerimmunität für Diensthandlungen ergeben. Überlappungen bestehen ferner etwa zwischen Art. 22 Abs. 3 WÜD zur Unverletzlichkeit der Mission und der (allgemeinen) Vollstreckungsimmunität²¹². Die Regelung des WÜD würde wohl bereits kraft des Grundsatzes, dass das ältere spezielle Recht dem jüngeren allgemeinen Recht vorgeht, Vorrang genießen. Insofern hat Art. 3 UNCSI weitgehend deklaratorische Bedeutung. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem WÜD und allgemeinen Vorschriften zur Staatenimmunität gewinnen mit der zunehmenden Einschränkung der Staatenimmunität an Bedeutung. Aus diesem Grund und weil die allgemeinen Konfliktregeln nicht immer einfach anzuwenden sind, ist es zu begrüßen, dass Art. 3 UNCSI eine ausdrückliche Konfliktregel im Sinn von Art. 30 Abs. 2 VRK enthält.

2. Art. 11 UNCSI: Keine Immunität als Grundsatz (Abs. 1) und Ausnahmen (Abs. 2)

Art. 11 Abs. 1 UNCSI verankert für arbeitsrechtliche Streitigkeiten den Grundsatz, dass sich Staaten vor den Gerichten im Forumstaat nicht auf die Gerichtsbarkeitsimmunität berufen können, wenn mindestens ein Teil der Arbeit dort zu erbringen ist²¹³. Die Anstellung von dienstlichem Hauspersonal an diplomatischen Missionen erfüllt diese Voraussetzung. Folglich steht dem Entsendestaat in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten keine Immunität zu, ausser es greift eine Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 UNCSI.

gationen bei Organen internationaler Organisationen oder bei internationalen Konferenzen sowie b) der diesen angehörenden Personen».

²¹¹ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 3, Ziff. 5.

²¹² Weiterführend zu Art. 3 Abs. 1 UNCSI ROGER O'KEEFE, Art. 3, in O'Keefe/Tams, Commentary, S. 76 ff.

²¹³ Art. 11 Abs. 1 UNCSI ist dispositiver Natur. Somit könnten Staaten untereinander durch Vereinbarung theoretisch die absolute Gerichtsbarkeitsimmunität für arbeitsrechtliche Streitigkeiten einführen. Dazu auch ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 7 und FOX/WEBB, State Immunity, S. 444.

Die Ausnahmen des zweiten Absatzes knüpfen an unterschiedliche Kriterien an: Den hoheitlichen Charakter der Arbeit (lit. a), den (Diplomaten-)Status der Angestellten (lit. b), den Gegenstand des Verfahrens (lit. c und d), die Staatsangehörigkeit und den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers (lit. e) sowie das Vorliegen einer abweichenden Vereinbarung (lit. f). Einige Delegationen kritisierten im Sechsten Ausschuss, dass der Ausnahmekatalog zu weit gehe und den Grundsatz der Nichtgeltung der Immunität unterlaufe²¹⁴. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont, dass die Ausnahmen nach Art. 11 Abs. 2 UNCSI eng auszulegen sind²¹⁵. Die verschiedenen Ausnahmen werden nachfolgend dargestellt und auf ihre Relevanz für das dienstliche Hauspersonal hin untersucht.

3. Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI

Nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI steht dem Arbeitgeberstaat Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Beschäftigten zu, die eingestellt worden sind, um Aufgaben in Erfüllung staatlicher Hoheitsmacht auszuüben. Der ILC-Entwurf enthielt in der ersten Lesung noch eine weiter gefasste Ausnahme. Danach wurde Immunität gegenüber Angestellten gewährt, die Arbeiten *im Zusammenhang* mit der Ausübung hoheitlicher Staatsmacht wahrnehmen²¹⁶. Diese Formulierung wurde in der Folge wegen der Befürchtung geändert, sie könnte zu weit ausgelegt werden. Der neue Wortlaut beschränkt die Immunität auf Angestellte, welche Aufgaben *mit engem Bezug* zur Ausübung hoheitlicher Staatsmacht erfüllen²¹⁷. Dadurch sollte insbesondere ausgeschlossen werden, dass alle staatlichen Angestellten unter die Immunitätsausnahme nach lit. a subsumiert werden, weil über den Staat als Arbeitgeber jedenfalls indirekt ein Bezug zur Wahrnehmung von Hoheitsmacht hergestellt werden kann. Aus den Diskussionen in der Völkerrechtskommission und im Sechsten Ausschuss ergibt sich²¹⁸, dass im Botschaftskontext Personen mit Diplomatenstatus (i.S. von

²¹⁴ GA, 6th Committee, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Working Group, UN Doc. A/C.6/48/L.4, Ziff. 62.

²¹⁵ Z.B. EGMR, Sabeh El Leil v. France (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 66.

²¹⁶ Zur Entwicklung dieser Ausnahmeregelung siehe ILC, Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in ILC, Report on the Work of its Fifty-first Session, 3 May-23 July 1999, UN Doc. A/54/10 (Supp.), Annex, S. 360–419, Ziff. 84–92.

²¹⁷ Im Original: «(a) the employee has been recruited to perform functions closely related to the exercise of governmental authority».

²¹⁸ Siehe zum Ganzen insb. die in Fn. 216 angeführte Belegstelle; ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 9; GA, 6th Committee, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Working Group, UN Doc.

Art. 1 lit. d WÜD) zweifellos von der Ausnahme nach lit. a erfasst werden sollten. Umstritten war primär der Status des administrativen und technischen Personals. Dagegen wurde – soweit ersichtlich – nie diskutiert, und war auch nicht streitig, dass dienstliches Hauspersonal nicht unter die Ausnahmekategorie von Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI fällt. Das ist folgerichtig: Seine Tätigkeit (insb. kochen, putzen, Fahrdienste) sind für das Funktionieren des Missionsbetriebs zwar unerlässlich, haben aber grundsätzlich keinen direkten Bezug zur Ausübung hoheitlicher Staatsmacht²¹⁹.

4. Art. 11 Abs. 2 lit. b UNCSI

Art. 11 Abs. 2 lit. b UNCSI gewährt dem Arbeitgeberstaat in Streitigkeiten mit folgenden Kategorien von Angestellten Immunität: Personen mit Diplomatenstatus nach dem WÜD (i), Konsularbeamtinnen nach dem WÜK (ii), Angehörigen des diplomatischen Personals an ständigen Missionen oder Angestellten, die einen Staat an internationalen Konferenzen vertreten (iii) sowie für alle Personen, die diplomatische Immunität genießen (iv)²²⁰. Lit. b findet im ILC-Entwurf keine Entsprechung und wurde im Sechsten Ausschuss nicht zuletzt in der Absicht neu eingefügt, den Gehalt der Ausnahme nach lit. a zu klären.

Fragen wirft vor allem Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv auf (andere Personen, die diplomatische Immunität genießen), da er inhaltlich wenig bestimmt ist und den Charakter eines Auffangtatbestands aufweist. Das WÜD sieht nicht nur die Immunität des diplomatischen Personals vor (Art. 31), sondern gewährt darüber hinaus in Art. 37 auch dem administrativen und technischen Personal sowie den dienstlichen Hausangestellten gewisse Immunitäten. Bei einer weiten Auslegung des Begriffs «andere Person, die diplomatische Immunität genießt» – eine solche wird vom Wortlaut nicht oder jedenfalls nicht deutlich ausgeschlossen²²¹ – könnte praktisch das gesamte Personal diplomatischer Missionen unter

A/C.6/48/L.4, Ziff. 63; KÖHLER, *Contracts of Employment*, S. 207; HAFNER/LANGE, *Convention*, S. 64 f.

²¹⁹ Siehe auch die Begründung zu Art. 11 Abs. 2 lit. b UNCSI.

²²⁰ In der englischen Version: «any other person enjoying diplomatic immunity».

²²¹ Auch die in Art. 37 WÜD gewährten Immunitäten werden in der Regel unter die «diplomatischen Immunitäten» gefasst, auch wenn die betroffenen Personen selber nicht zum diplomatischen Personal nach Art. 1 lit. d WÜD zählen. Das Argument, Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI spreche von diplomatischen Immunitäten, weshalb begrifflich nicht die Immunitäten nach Art. 37 WÜD gemeint seien, ist (zu) formalistisch und nicht durch den üblichen Wortgebrauch gestützt. *Allein* vermag es daher m.E. den Ausschluss von Personen, die Immunitäten nach Art. 37 WÜD zustehen, vom Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI nicht überzeugend zu begründen. In diesem Sinn aber KÖHLER, *Contracts of Employment*, S. 211.

Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI subsumiert werden. Dadurch würde in einem bedeutenden Rückschritt gegenüber der gegenwärtigen Praxis in vielen Ländern an diplomatischen Vertretungen wieder die absolute Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eingeführt. Von der Immunität betroffen wäre entsprechend auch das Personal, welches, anders als von der Völkerrechtskommission angestrebt, keinen direkten Bezug zur hoheitlichen Ausübung von Staatsmacht aufweist. Eine Auslegung, wonach alle Personen, die nach Art. 37 WÜD Immunitäten geniessen, Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI unterstellt sind, lässt sich nicht auf die bei der Ausarbeitung der Konvention geführten Diskussionen abstützen und ist auch nicht sinnvoll²²². Wie bereits dargelegt, war vor allem der Status des administrativen und technischen Personals umstritten, während in den Diskussionen beim dienstlichen Hauspersonal nicht für die Anwendung der Immunität plädiert wurde. Daher werden Art. 11 Abs. 2 lit. a und b UNCSI mehrheitlich und zu Recht dahingehend verstanden – so unter anderem von Gerhard Hafner, der ab 1999 die mit der Ausarbeitung des Abkommens betrauten Arbeitsgruppen leitete –, dass das administrative und technische Personal nicht generell von Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv erfasst ist²²³. Immunität kann für diese Personalkategorie aber zur Anwendung gelangen, wenn sie bestimmte Aufgaben in Ausübung von Hoheitsgewalt nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI erfüllen. Die Tätigkeit der dienstlichen Hausangestellten weist einen (noch) geringeren Bezug zur Ausübung der Staatsgewalt auf als jene des administrativen und technischen Personals, weshalb sie grundsätzlich nicht unter die Ausnahme von Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI fällt.

Das Ziel, durch den Einschub von lit. b den Geltungsbereich von Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI zu klären, wurde nicht erreicht. Letztlich ist zu bedauern, dass die unpräzise formulierte und weitgehend überflüssige Ausnahmebestimmung nach lit. b ins Abkommen aufgenommen wurde. Da Personen, die diplomatische Aufgaben wahrnehmen, unbestritten unter die Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI fallen, bringt lit. b/i-iii wenig Mehrwert. Lit. b/iv hat dagegen das Potential, durch eine mehrheitlich nicht beabsichtigte weite Interpretation den angestrebten Ausgleich zwischen den Interessen des Entsendestaats, des Gerichtsstaats und den betroffenen Angestellten zu unterminieren. Sie läuft auch der von ihrer Stossrichtung her klaren Regelung von Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI zuwider, welche Immunität auf Tätigkeiten mit einem engen Bezug zur hoheitlichen Aufgabenerfüllung beschränkt. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüssen, dass das Bundesgericht für das noch nicht in Kraft getretene UNCSI

²²² Wie hier auch FOAKES/O'KEEFE, Art. 11, S. 201.

²²³ HAFNER, Übereinkommen, S. 391; HAFNER/LANGE, Convention, S. 64f.; KÖHLER, Contracts of Employment, S. 207; BUNDESRAT, Botschaft UNCSI, S. 1739.

in einem Urteil von 2011 bereits geklärt hat, dass dienstliches Hauspersonal – *in casu* ein Chauffeur – nicht unter Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI fällt²²⁴.

5. Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI

Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI gewährt dem Arbeitgeberstaat Immunität in Zivilprozessen, welche die Einstellung, die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses oder die Wiedereinstellung einer Person zum Gegenstand haben. Diese Ausnahme ist inhaltlich unverändert aus dem ILC-Entwurf übernommen worden. Massgeblich ist damit auch die Präzisierung der Völkerrechtskommission, dass der Arbeitgeberstaat Immunität nur beanspruchen kann, wenn die Anstellung, Wiedereinstellung oder Weiteranstellung angestrebt wird, nicht aber wenn eine finanzielle Entschädigung (Schadenersatz/Genugtuung) für eine ungerechtfertigte Kündigung oder eine rechtswidrige Nichteinstellung oder -weiterbeschäftigung eingeklagt wird²²⁵. Diese Differenzierung trägt überzeugend dem Umstand Rechnung, dass es erheblich in die Souveränität des Arbeitgeberstaats eingreifen würde, wenn ausländische Gerichte ihn zur Beschäftigung bestimmter Personen zwingen und damit gleichermassen die Personalpolitik beeinflussen könnten. Deshalb haben insoweit die Interessen des Arbeitgeberstaats Vorrang. Die Entrichtung einer Entschädigung greift dagegen weniger stark in seine Interessen ein, weshalb hier der Rechtsschutz des Personals am Arbeitsort vorgeht.

Die Immunität nach Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI schränkt die Klagemöglichkeiten dienstlicher Hausangestellter in der Schweiz kaum ein – jedenfalls soweit Schweizer Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt –, da gemäss Art. 336a OR bei einer missbräuchlichen Kündigung ohnehin nur eine Entschädigung und keine Weiterbeschäftigung verlangt werden kann²²⁶. Auch das Gleichstellungsgesetz sieht bei diskriminierenden Kündigungen oder Nichteinstellungen nur einen Entschädigungsanspruch vor (Art. 5 Abs. 2 GlG). Damit steht die Immunität lediglich im Widerspruch zu Art. 10 Abs. 3 GlG, wonach das Gericht unter bestimmten Umständen die provisorische Wiedereinstellung einer Angestellten anordnen kann, wenn eine Kündigung wegen der Einleitung eines Diskriminierungsverfahrens erfolgt (Art. 10 Abs. 1 GlG). Diesfalls bleibt den betroffenen Arbeitnehme-

²²⁴ BGer 4A_542/2001 vom 30.11.2011, E. 2.2.2.

²²⁵ GA, 6th Committee, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Working Group, UN Doc. A/C.6/48/L.4, Ziff. 64 f.; ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11, Ziff. 10; KÖHLER, Contracts of Employment, S. 211; BUNDESRAT, Botschaft UNCSI, S. 1739, Fn. 39.

²²⁶ Zu den durch das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht bedingten Beweisschwierigkeiten dienstlicher Hausangestellter siehe S. 265 ff.

rinnen wegen der Immunität nurmehr die Möglichkeit, eine Entschädigung zu verlangen (vgl. 10 Abs. 4 GIG).

6. Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI

Lit. d wurde im Sechsten Ausschuss neu in Art. 11 Abs. 2 UNCSI aufgenommen. Dahinter steht die Absicht, den Arbeitgeberstaat bei Streitigkeiten über Entlassungen oder Beendigungen von Anstellungen punktuell komplett der Gerichtsbarkeit des Forumstaats zu entziehen, sodass anders als nach lit. c die dortige Justiz auch nicht über finanzielle Ansprüche des entlassenen Personals urteilen kann. Die Ausnahme sieht vor, dass in Verfahren betreffend die Entlassung oder die Beendigung eines Anstellungsverhältnisses Immunität gilt, wenn gemäss Feststellung der Präsidentin, des Premier- oder des Aussenministers des Arbeitgeberstaats das Verfahren staatlichen Sicherheitsinteressen zuwiderläuft. Nach der vereinbarten Auslegung zu Art. 11 UNCSI sind damit primär nationale Sicherheitsanliegen sowie die Sicherheit von diplomatischen Missionen und Konsulaten gemeint. Dass die Gefährdung der Sicherheitsinteressen nur durch drei der höchsten Regierungsvertreter geltend gemacht werden kann, soll verhindern, dass solche nur vorgeschoben werden. Weil die Feststellung über das Berührtsein von Sicherheitsinteressen jedoch dem Arbeitgeberstaat und grundsätzlich nicht der Justiz im Gerichtsstaat zusteht²²⁷, stellt die Norm trotz der enthaltenen Einschränkung ein Einfallstor für eine missbräuchliche Anrufung dar.

In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal sollte Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI – abgesehen von speziell gelagerten Ausnahmefällen – praktisch keine Bedeutung erlangen, da es Tätigkeiten ausübt, die regelmässig keine nationalen Sicherheitsinteressen beschlagen. Allerdings besteht auch bei Hausangestellten eine gewisse Gefahr, dass ein Land missbräuchlich Sicherheitsinteressen vorschiebt, um sich Prozessen zu entziehen²²⁸. Deswegen ist die Gewährung der Immunität durch die Gerichte nach der hier vertretenen

²²⁷ Vgl. auch KÖHLER, *Contracts of Employment*, S. 212. Im Rahmen der Verhandlungen war die Befürchtung geäussert worden, dass ausländische Gerichte zu weitgehende Nachforschungen über Entlassungen an Botschaften anstellen könnten: GA, 6th Committee, *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Report of the Working Group, UN Doc. A/C.6/48/L.4, Ziff. 64.

²²⁸ Anzeichen für eine missbräuchliche Anrufung der Bestimmung liegen etwa vor, wenn ein Land häufig und in unwahrscheinlichen Sachlagen – z.B. mehrfach in Streitigkeiten mit untergeordnetem Missionspersonal – die Gefährdung von Sicherheitsinteressen behauptet.

Auffassung davon abhängig zu machen, dass der Entsendestaat das Berührtsein von Sicherheitsinteressen plausibel dartut und nicht bloss behauptet²²⁹.

7. Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI

Die Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI knüpft an die Kriterien Staatsangehörigkeit und ständiger Aufenthalt an. Der Arbeitgeberstaat kann in Verfahren mit eigenen Staatsangehörigen Immunität beanspruchen, sofern sie nicht ihren ständigen Aufenthalt («permanent residence») im Gerichtsstaat haben. Massgeblicher Zeitpunkt um festzustellen, ob diese Bedingungen erfüllt sind, ist die Einleitung des Verfahrens. Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI weicht inhaltlich vom ILC-Entwurf ab. Dieser beschränkte die Gerichtsbarkeit des Gastlands noch auf Staatsangehörige und Drittstaatenangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt («habitual residence») im Inland, wobei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausschlaggebend war. Der ILC-Entwurf gewichtete demnach die Interessen des Arbeitgeberstaats stark. In den weiteren Vertragsverhandlungen verschob sich die Wertung zugunsten der Interessen des Gerichtsstaats und der Arbeitnehmenden. Es setzte sich die Erkenntnis durch, dass im ILC-Entwurf insbesondere der Rechtsschutz für Drittstaatenangehörige ungenügend war²³⁰. Diese hatten, selbst wenn sie keinen besonderen Bezug zum Arbeitgeberstaat aufwiesen oder wenn sie nach Vertragsschluss die Nationalität des Gerichtsstaats erlangt hatten, keinen Zugang zur Justiz des Forumstaats. Dies erschien auch in Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung (insb. Diskriminierungsverbot in der EU) problematisch²³¹.

Das Kriterium des ständigen Aufenthalts wird in der Praxis Fragen aufwerfen und wohl zu unterschiedlichen Interpretationen Anlass geben. Denn das UNCSI verzichtet auf eine Definition, obschon es sich nicht um einen geklärten Begriff des Völkerrechts handelt²³². Der «ständige Aufenthalt» ist vertragsautonom aus-

²²⁹ Dazu eingehender S. 269 ff. Der EGMR stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, dass die reine Behauptung, eine Botschaftsangestellte habe Zugang zu bestimmten Dokumenten oder habe Kenntnis von vertraulichen Telefongesprächen, für die Anwendung der Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI nicht ausreicht: *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 72.

²³⁰ Siehe GA, 6th Committee, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Working Group, UN Doc. A/C.6/48/L.4, Ziff. 66 und ILC, Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in ILC, Report on the Work of its Fifty-first Session, 3 May-23 July 1999, UN Doc. A/54/10 (Supp.), Annex, S. 360–419, Ziff. 106.

²³¹ Vgl. auch KÖHLER, Contracts of Employment, S. 213.

²³² FOX, Employment Contracts, S. 145, Fn. 151, vgl. auch S. 143, Fn. 146 sowie DENZA, Commentary, S. 418 f.

zulegen, sodass namentlich entsprechende Rechtsfiguren des nationalen Rechts nicht unesehen auf das UNCSI übertragen werden dürfen. Dass im Vertragstext «permanent residence» anstelle des im ILC-Entwurf verwendeten Begriffs der «habitual residence» eingesetzt wird, deutet auf den Willen der Verhandlungsparteien hin, einen etwas engeren Bezug zum Gerichtsstaat zu verlangen²³³. In einem einschlägigen Kontext kommt der Begriff des ständigen Aufenthalts im Völkerrecht im WÜD (insb. Art. 37 und Art. 38) vor²³⁴. Art. 38 WÜD beispielsweise regelt den Umfang der diplomatischen Immunität für das diplomatische Personal und andere Angestellte an Botschaften, die Staatsangehörige des Gerichtsstaats sind oder dort ihren ständigen Aufenthalt haben. Die zu dieser Norm entwickelte Praxis kann Impulse für die Auslegung von Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI geben²³⁵.

Ob eine an einer diplomatischen Mission beschäftigte Angehörige des Arbeitgeberstaats bei der Verfahrenseinleitung ständigen Aufenthalt im Gerichtsstaat hat, ist mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Kriterien sind etwa die Dauer des Aufenthalts im Gerichtsstaat, ob es aufgrund der persönlichen, politischen, familiären oder beruflichen Situation oder anderer Umstände unwahrscheinlich erscheint, dass die betroffene Person den Gerichtsstaat in naher Zukunft wieder verlassen wird, wo die betroffene Person angestellt worden ist, ob sie aus eigenem Willen in die Schweiz gekommen ist, oder vom Entsendestaat dorthin versetzt wurde, ob in naher Zukunft mit ihrer Versetzung durch den Arbeitgeberstaat zu rechnen ist. Hat die Missionsangestellte im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens gegen den ehemaligen Arbeitgeberstaat bereits eine neue Stelle im Gerichtsstaat angenommen, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass sie dort ihren ständigen Aufenthalt hat. Es ist folglich nicht unüblich, dass ein Missionsangestellter erst nach einer gewissen Zeit einen ständigen Aufenthalt im Gerichtsstaat begründet und sich sein Status somit während seiner Anstellung verändern kann.

²³³ Darauf deutet z.B. auch ein Textvorschlag Australiens, in dem «permanent resident» als Alternativvorschlag zu «habitual resident» aufgeführt ist; GA, 6th Committee, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Working Group, UN Doc. A/C.6/48/L.4, Annex, Proposal R.

²³⁴ Vgl. auch Fox, *Employment Contracts*, S. 145 f. Art. 38 Abs. 1 WÜD lautet: «Soweit der Empfangsstaat nicht zusätzliche Vorrechte und Immunitäten gewährt, geniesst ein diplomatischer Vertreter, der Angehöriger dieses Staats oder in demselben ständig ansässig [englisch: «permanently resident»] ist, Immunität von der Gerichtsbarkeit und Unverletzlichkeit lediglich in Bezug auf seine in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit vorgenommenen Amtshandlungen.» Siehe auch Art. 38 Abs. 2 WÜD.

²³⁵ Ausführungen zur Praxis zu Art. 38 WÜD finden sich z.B. bei DENZA, *Commentary*, S. 419 ff.

Die Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI ist zweifellos auch für dienstliches Hauspersonal relevant und kann dazu führen, dass Angehörige des Entsendelands der Zugang zu den Schweizer Gerichten versperrt ist. Da die Immunität aber auf Verfahren mit eigenen Staatsangehörigen ohne ständigen Aufenthalt in der Schweiz beschränkt ist, hängt ihre Bedeutung vor allem von der Definition des ständigen Aufenthalts durch die Gerichte ab. Das Erfordernis des fehlenden ständigen Aufenthalts in der Schweiz dürfte es jedenfalls ausschliessen, die Immunität über den Kreis derjenigen Hausangestellten auszudehnen, die im Entsendestaat rekrutiert worden sind, sich noch nicht lange in der Schweiz aufhalten und voraussichtlich in näherer Zukunft in ein anderes Land versetzt werden²³⁶. Es überzeugt daher, dass das Bundesgericht einen ständigen Aufenthalt gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI klar als gegeben erachtete in einem Fall betreffend einen (ehemaligen) Chauffeur der chilenischen Mission in Genf, der im Entsendestaat eingestellt worden war und die chilenische Staatsangehörigkeit besass, aber nach Beendigung seiner Tätigkeit bei dieser Mission eine andere Stelle in Genf angetreten, zudem seine Familie nachgezogen und ein Einbürgerungsgesuch in der Schweiz gestellt hat²³⁷.

Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI macht die Immunität von der Nationalität der Arbeitnehmerin abhängig. Da die internationalen Diskriminierungsverbote (z.B. Art. 26 Pakt II und Art. 14 i.V.m. Art. 6 Ziff. 1 EMRK²³⁸) grundsätzlich auch Ungleichbehandlungen aufgrund der Nationalität verbieten, soweit sie nicht auf sachlichen und vernünftigen Gründen beruhen und verhältnismässig sind, stellt sich die Frage, ob die Norm vor dem Diskriminierungsverbot standhält. Ausländische Staatsangehörige, die in einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Herkunftsstaat stehen und sich nur kurze Zeit im Gerichtsstaat aufhalten, weisen gewöhnlich eine engere Beziehung zu ersterem auf. Der Bezug zum Herkunftsstaat

²³⁶ FOAKES/O'KEEFE verweisen auf die Gefahr, dass Staatsangehörige des Entsendestaats, die unter diese Ausnahme von der Nichtgeltung der Immunität fallen, unter Umständen auch im Entsendestaat ohne Rechtsschutz bleiben (Art. 11, S. 205 f.).

²³⁷ BGer 4A_542/2001 vom 30.11.2011, E. 2.3. Im Weiteren überzeugt die Begründung des Urteils aber nur teilweise. Das BGer betont zu Recht die Notwendigkeit, den ständigen Aufenthalt vertragsautonom auszulegen (E. 2.3). Diese Erkenntnis setzt das Gericht aber nicht konsequent um, wenn es für dessen Deutung praktisch unbesehen und ohne eingehende Begründung auf den Begriff der «habitual residence» nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG und nach den Haager Abkommen (insb. Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1.3.1954, 286 UNTS 265, Art. 32) abstellt. Dies umso mehr, als im UNCSI «habitual residence» durch «permanent residence» ersetzt wurde.

²³⁸ Art. 14 EMRK sowie Art. 26 Pakt II – letzterer aufgrund eines Vorbehalts der Schweiz – gelten nur akzessorisch in Bezug auf die anderen Vertragsgarantien. Das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 1 ZP 12 zur EMRK gilt für die Schweiz mangels Ratifikation dieses Zusatzprotokolls nicht.

nimmt aber mit der Dauer des Aufenthalts im Gerichtsstaat regelmässig ab, beziehungsweise derjenige zum Gerichtsstaat zu. Es erscheint damit nicht unsachlich, wenn die Gewährung des Rechtsschutzes im Gerichtsstaat für Staatsangehörige, die in einem Arbeitsverhältnis zum Herkunftsstaat stehen, von der Dauer ihres Aufenthalts abhängig gemacht wird.

8. Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI

Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI sieht schliesslich die Möglichkeit vor, eine vom Grundsatz der Nichtanwendung der Immunität auf arbeitsvertragliche Streitigkeiten abweichende Vereinbarung zu treffen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Gerichtsstaat nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung und mit Blick auf den Verfahrensgegenstand die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht. Die getroffene Regelung wurde unverändert aus dem ILC-Entwurf übernommen. Gemäss Kommentierung der Völkerrechtskommission will Art. 11 Abs. 2 lit. f. UNCSI die Vertragsfreiheit und insbesondere eine Rechtswahl oder eine Gerichtsstandsvereinbarung ermöglichen²³⁹. Diese Wahlfreiheit ist aber Einschränkungen aus Gründen des *ordre public* untergeordnet. Bei Arbeitsverträgen ist dies regelmässig der Schutz der Arbeitnehmenden als der schwächeren Vertragspartei.

Das Schweizer Recht beansprucht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten keine ausschliessliche Zuständigkeit, sodass eine Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich zulässig sind (Art. 115 i.V.m. Art. 5 IPRG, Art. 21 LugÜ). Erklären die Vertragsparteien lediglich ein anderes Recht für anwendbar (z.B. dasjenige des Entsendestaats), so ist zu beachten, dass bestimmte (zwingende) Vorschriften des Schweizer Arbeitsrechts nicht wegbedungen werden können und diese trotz Rechtswahl von den Schweizer Gerichten anzuwenden sind²⁴⁰. Gerichtsstandsvereinbarungen sind nur zulässig, wenn sie nicht missbräuchlich sind (Art. 5 Abs. 2 IPRG)²⁴¹. Zum Schutz der Arbeitnehmerschaft

²³⁹ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 11.

²⁴⁰ Dazu mehr S. 24 f. Fn. 44 und 46.

²⁴¹ Zu beachten ist, dass Art. 21 LugÜ den Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen zum Schutz der Arbeitnehmerschaft stark einschränkt. Es sind nur Vereinbarungen zulässig, die *nach* Entstehen der Streitigkeit geschlossen wurden – im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarungen sind demnach regelmässig unwirksam – oder die Gerichtsstandsvereinbarung für die Arbeitnehmenden *zusätzliche* Gerichtsstände eröffnet (z.B. im Entsendestaat). Vorbehalten bleiben jedoch Schiedsvereinbarungen (siehe DOMENICO ACOCCELLA, Art. 21, in Anton K. Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen [LugÜ] zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Zürich etc. 2011, Rz. 11, 16 und 23). Im Anwendungsbereich des LugÜ kann sich damit ein Konflikt zwischen Art. 21 LugÜ und Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI ergeben, sodass sich die Frage stellt, welches der beiden Abkommen vorgeht.

lässt die Rechtsprechung Gerichtsstandsvereinbarungen insbesondere mit wenig qualifiziertem Personal nur zurückhaltend zu und geht beispielsweise von einem missbräuchlichen Entzug aus, wenn eine solche Klausel schwer verständlich ist, ein unerfahrener Arbeitnehmer nicht auf ihre Bedeutung hingewiesen worden ist oder wenn sie den Zugang zur Justiz ungebührlich erschwert. Letzteres kann je nach Umständen auch aufgrund des fehlenden Bezugs des Arbeitnehmers zum vereinbarten Gerichtsstand bejaht werden²⁴².

Die Immunität gestützt auf Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI kann auch in Verfahren bedeutsam werden, die ausgebeutete Hausangestellte in der Schweiz gegen den Arbeitgeberstaat anstreben. Mit Blick auf das Verbot des missbräuchlichen Entzugs des Gerichtsstands erweisen sich Gerichtsstandsvereinbarungen mit dienstlichen Hausangestellten als unproblematisch, die im Entsendestaat rekrutiert worden sind, einen engen Bezug zu diesem aufweisen und nur für kurze Zeit in der Schweiz arbeiten. Bei Angestellten mit der Nationalität des Entsendestaats, die seit vielen Jahren in der Schweiz als Hauspersonal arbeiten, stellt sich hingegen – bereits aufgrund der abnehmenden Beziehung zum Entsendestaat und ihres geringen Verdiensts – die Frage, ob der Verweis auf den Gerichtsweg im Entsendestaat zumutbar ist.

IV. Art. 12 UNCSI: Personen- und Sachschäden

Art. 12 UNCSI enthält eine spezifische Immunitätsregelung für Verfahren, welche die Haftung aus unerlaubter Handlung für Personen- und Sachschäden zum Gegenstand haben (gebietsbezogene Deliktsausnahme, *territorial tort exception*).

«Art. 12 Personen- und Sachschäden

Sofern die betreffenden Staaten nichts anderes vereinbart haben, kann sich ein Staat vor einem sonst zuständigen Gericht eines anderen Staats nicht auf Immunität von der Gerichtsbarkeit in einem Verfahren berufen, das sich auf die Entschädigung in Geld für den Tod einer Person, für einen Personenschaden oder für einen Schaden an materiellen Vermö-

Die Lösung ergibt sich nicht ohne Weiteres aus den Konfliktklauseln des UNCSI (Art. 26) und des LugÜ (Art. 64 ff.). Art. 26 UNCSI lautet: «Dieses Übereinkommen berührt nicht die Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten aus völkerrechtlichen Übereinkünften, deren Vertragsparteien sie sind und die Fragen behandeln, die Gegenstand dieses Übereinkommens sind.» Art. 67 LugÜ lässt seinerseits andere Abkommen unberührt, die für besondere Rechtsgebiete die gerichtliche Zuständigkeit regeln.

²⁴² CAPH, 7.12.2006, C/36891/1995–5, E. 5.2.2 unter Hinweis auf die Literatur. So in der Sache auch BGer 4A_542/2011 vom 30.11.2011, E. 2.3.1.

genswerten oder deren Verlust bezieht, wenn der Tod, Schaden oder Verlust durch eine dem Staat vorgeblich zuzurechnende Handlung oder Unterlassung verursacht wurde, die Handlung oder Unterlassung ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet dieses anderen Staats stattfand und die Person, welche die Handlung oder Unterlassung begangen hat, sich zum Zeitpunkt der Begehung im Hoheitsgebiet dieses anderen Staats aufhielt.»

Nach dieser gebietsbezogenen Deliktsausnahme entfällt – vorbehaltlich einer anderslautenden Vereinbarung – die Gerichtsbarkeitsimmunität unter folgenden Voraussetzungen: Der ausländische Staat wird auf eine geldwerte Entschädigung verklagt, weil ein Individuum getötet, in seiner physischen Integrität oder in seinem Sacheigentum geschädigt wurde (Personen- oder Sachschaden). Die für den Schaden ursächliche und dem ausländischen Staat zurechenbare Handlung wurde ganz oder teilweise im Forumstaat begangen und die Täterin hat sich im Zeitpunkt der Tatbegehung oder Unterlassung dort aufgehalten. Unter diesen Umständen kann selbst für hoheitliche Handlungen keine Gerichtsbarkeitsimmunität beansprucht werden²⁴³. Bei Personen- und Sachschäden findet sich somit eine bemerkenswerte Durchbrechung des zentralen immunitätsrechtlichen Grundsatzes, dass hoheitliches Handeln von der ausländischen Staatsgewalt abgeschirmt wird. Ein Grund hierfür ist der besonders enge Bezug zum Gerichtsstaat. Da die Handlung (mindestens) teilweise im Forumstaat begangen wurde und sich hier auswirkt, hat dieser ein besonders ausgeprägtes Interesse an der Ausübung der Gerichtsbarkeit, wogegen aufgrund des schwachen Bezugs des Entsendestaats zu den in Frage stehenden Ereignissen, die dortigen Gerichte für die Rechtsdurchsetzung wenig geeignet erscheinen. Zugleich stehen insbesondere bei den Personenschäden elementare Rechtspositionen in Frage, was die Bereitschaft zur Einschränkung der Immunität weiter erhöht hat²⁴⁴. Inwieweit auch psychische Beeinträchtigungen und Krankheiten unter den Begriff des Personenschadens nach Art. 12 UNCSI fallen, werden die Gerichte abschliessend zu klären haben²⁴⁵.

²⁴³ IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 64. Für weitere Erläuterungen zur gebietsbezogenen Deliktsausnahme siehe insb. ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 12 m.H. auf die Staatenpraxis; FOAKES/O'KEEFE, Art. 12; YANG, *State Immunity*, S. 199 ff. und FOX/WEBB, *State Immunity*, S. 463 ff.

²⁴⁴ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 12, Ziff. 3, 6 und 9.

²⁴⁵ Nach der britischen Rechtsprechung erfasst der Begriff Personenschaden nach Art. 5 des *State Immunity Act* auch psychische Beeinträchtigungen und Krankheiten (Depressionen u.ä.) nicht hingegen, wenn jemand in den eigenen Gefühlen verletzt ist. Ein Widerspruch dieser Vorschrift zu Art. 12 UNCSI wurde ausdrücklich geprüft und verneint: *The Federal*

Als klassische Anwendungsfälle von Art. 12 UNCSI standen der Völkerrechtskommission Personen- und Sachschäden bei Verkehrsunfällen vor Augen (versicherbare Risiken). Darüber hinaus weist sie in den Erläuterungen aber ausdrücklich darauf hin, dass der Geltungsbereich der Vorschrift weit genug ist «to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination.»²⁴⁶ Mit dieser inhaltlichen Ausweitung öffnet sich ein Tor für die Verfolgung (schwerer) Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Gerichte²⁴⁷. Da die Immunitätsausnahme aber nur greift, wenn die schadensbegründende Handlung oder Unterlassung im Gerichtsstaat stattfindet, vermag sie die Problematik des fehlenden Rechtsschutzes bei (schweren) Menschenrechtsverletzungen nur sehr beschränkt zu entschärfen. Über die Notwendigkeit einer Immunitätsausnahme für schwere Menschenrechtsverletzungen wird seit längerem diskutiert²⁴⁸, bislang herrscht darüber aber kein Konsens, weshalb diese Fragestellung bei der Ausarbeitung der UNO-Staatenimmunitätskonvention absichtlich ausgeklammert wurde, um die Konvention nicht zu gefährden²⁴⁹. Da das Abkommen zu einer Konsolidierung des Staatenimmunitätsrechts führen und damit eher bremsend auf weitere Rechtsentwicklungen wirken wird, hat die Schweiz eine auslegende Erklärung abgegeben, wonach Art. 12 UNCSI Klagen auf eine Entschädigung für schwere, ausserhalb des Gerichtsstaats begangene Menschenrechtsverletzungen nicht erfasst und das Übereinkommen der Weiterentwicklung des Völkerrechts in diesem Bereich daher nicht vorgreift.

Die Ausbeutung des Hauspersonals von diplomatischen Missionen wurde während der Ausarbeitung des Abkommens soweit ersichtlich nicht ausdrücklich als möglicher Anwendungsfall von Art. 12 UNCSI diskutiert. Das ändert nichts daran, dass – soweit dem Entsendestaat zurechenbare Rechtsverstösse vorliegen – unter Umständen alle Tatbestandselemente von Art. 12 UNCSI erfüllt sein können (physische Beeinträchtigung [Personenschaden], Begehung der Tat und Anwesenheit des Täters im Gerichtsstaat), wenn ein dienstlicher Hausangestellter den Entsendestaat wegen Ausbeutung auf eine Entschädigung

Republic of Nigeria v. Ogbonna [2012] 1 WLR 139, Ziff. 6 ff. und insb. 14 ff. Siehe ferner FOAKES/O'KEEFE, Art. 12, S. 218; FOX/WEBB, State Immunity, S. 471; YANG, State Immunity, S. 200, insb. auch Fn. 19 f. und SÉRGIO SABA, Personal Injuries, in Council of Europe/Hafner/Kohen, State Practice, S. 97–112, 97.

²⁴⁶ ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 12, Ziff. 4.

²⁴⁷ Mehr zu dieser Thematik in § 24.

²⁴⁸ Der IGH hat 2012 eine gewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme für schwere Menschenrechtsverletzungen verneint: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 81 ff.

²⁴⁹ Vgl. UN Doc. A/C.6/54/L.12, Ziff. 47; weitere Hinweise bei HAFNER/LANGE, Convention, S. 67.

verklagt. Damit stellt sich die Frage, welche Immunitätsregelung diesfalls massgeblich ist. Nach nationalem Recht hat die geschädigte Arbeitnehmerin bei einer Vertragsverletzung, die zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt nicht selten die Wahl, den Arbeitgeber wegen Vertragsverletzung oder aus unerlaubter Handlung zu verklagen²⁵⁰. Das UNO-Staatenimmunitätsabkommen regelt das Verhältnis der einzelnen Immunitätsvorschriften nicht und ebenso wenig äussert sich die Völkerrechtskommission dazu²⁵¹. Wenig ergiebig ist die Frage, ob Art. 11 oder Art. 12 UNCSI in Hinblick auf die Ausbeutung dienstlicher Hausangestellter, die zu einem Personenschaden im Sinn von Art. 12 UNCSI führt, die spezifischere Norm darstellt. Die Antwort hängt primär vom Blickpunkt ab: Fokussiert man auf den Umstand, dass die Hausangestellte in einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum eingeklagten Staat steht, scheint Art. 11 UNCSI die spezifischere Norm zu sein, legt man den Fokus dagegen auf die Art des Schadens (insb. Personenschaden), trifft dies auf Art. 12 UNCSI zu. Damit lässt sich kaum für den Vorrang der einen oder anderen Vorschrift infolge Spezialität argumentieren, weshalb es sich meines Erachtens aufdrängt, die Immunität jedenfalls nach Art. 12 UNCSI zu beurteilen, wenn die Hausangestellte einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend macht²⁵².

Die praktischen Konsequenzen der Unklarheit im Verhältnis von Art. 11 und Art. 12 UNCSI halten sich freilich in Grenzen. Erstens haben nur wenige Verfahren von Hausangestellten gegen den Entsendestaat einen Personen- oder Sachschaden im Sinn von Art. 12 UNCSI zum Gegenstand, sodass ohnehin nur die Anwendung von Art. 11 UNCSI in Frage kommt. Zweitens geniesst der Entsendestaat in zivilrechtlichen Streitigkeiten nur noch sehr punktuell Gerichtsbarkeitsimmunität, sodass die Anwendung von Art. 11 oder Art. 12 UNCSI in den meisten Fällen zum selben Ergebnis führt (keine Gerichtsbarkeitsimmunität).

²⁵⁰ Vgl. zum Schweizer Recht etwa WOLFGANG PORTMANN, Art. 328a, in Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, OR I, Rz. 55 und CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, Art. 41, in Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, OR I, Rz. 2.

²⁵¹ Für die alternative Anwendbarkeit nun auch FOX/WEBB, State Immunity, S. 445.

²⁵² Dass die Immunitätsregelung für Arbeitsverträge sowie für Personen- und Sachschäden einen je eigenen Anwendungsbereich hat und beide relevant werden können, wenn ein Missionsbediensteter den Entsendestaat verklagt, hat die englische Rechtsprechung für den State Immunity Act anerkannt: *The Federal Republic of Nigeria v. Ogbonna* [2012] 1 WLR 139, Ziff. 12.

V. Fazit: Wirkung des UNCSI auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen

Die Staatenimmunität steht, soweit hier interessierend, grundsätzlich einzig in gegen den Entsendestaat geführten Verfahren in Frage. Nur dienstliche Hausangestellte der diplomatischen Missionen sowie in der Residenz der Missionschefs tätige Hausbedienstete, die den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat geschlossen haben, verfügen über die Möglichkeit, den Entsendestaat zivilrechtlich zu verklagen. Dies gilt jedoch lediglich für ausbeuterisches Verhalten der übrigen Missionsangestellten, das dem Staat zurechenbar ist oder soweit dieser gegenüber seinen Hausangestellten Schutzpflichten vernachlässigt hat. Rechtsverstöße von Diplomatinen sowie weiteren Missionsangestellten gegenüber dienstlichen Hausangestellten sind dem Entsendeland – je nach den konkreten Umständen – teilweise zurechenbar²⁵³.

1. Wirkung von Art. 11 UNCSI

Art. 11 UNCSI regelt die Gerichtsbarkeitsimmunität für Streitigkeiten aus Arbeitsvertrag. Da die Anstellung des Hauspersonals an der ständigen Vertretung ein arbeitsvertragliches Verhältnis im Sinn der Vorschrift darstellt, steht sie bei Streitigkeiten zwischen dem Hauspersonal und dem Entsendestaat im Vordergrund. Aus dem Abkommen und den Materialien ergibt sich nicht zweifelsfrei, ob Art. 11 UNCSI auch Streitigkeiten über gesetzlich begründete Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erfasst. Nach der hier vertretenen Ansicht erstreckt sich die Norm auf vertraglich und gesetzlich begründete Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses. Art. 11 Abs. 1 UNCSI verankert für arbeitsrechtliche Streitigkeiten die Nichtgeltung der Gerichtsbarkeitsimmunität als Prinzip.

Vorbehalten bleiben die Ausnahmebestimmungen nach Art. 11 Abs. 2 UNCSI, welche die Gerichtsbarkeitsimmunität des Entsendestaats in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vorsehen. Davon sind für dienstliche Hausangestellte vor allem lit. c (Immunität bei Verfahren, welche die Einstellung, Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses oder die Wiedereinstellung zum Gegenstand haben), lit. e (Verfahren mit Staatsangehörigen des Arbeitgeberstaats ohne ständigen Aufenthalt im Gaststaat) und lit. f (Gerichtsstandsvereinbarungen) bedeutsam.

²⁵³ Bei ausbeuterischem Verhalten, das dem Entsendestaat nicht zurechenbar ist, verbleibt den betroffenen Hausangestellten nur die Möglichkeit, direkt gegen die verantwortlichen Personen vorzugehen, was jedoch oft an deren diplomatischer Immunität scheitert (dazu Teil 3).

Praktisch ist lit. c in der Schweiz aber kaum relevant, da das hiesige Recht bei einer missbräuchlichen Kündigung nur einen Anspruch auf Entschädigung und nicht auf Wiedereinstellung vorsieht. Die Gerichtsbarkeitsimmunität kann demnach vor allem bei Angehörigen des Entsendestaats ein Verfahren in der Schweiz verhindern. Da ihre Geltung allerdings davon abhängt, dass die Angestellte keinen ständigen Aufenthalt in der Schweiz hat, kommt ihre Anwendung höchstens bei Streitigkeiten mit Bürgerinnen und Bürgern des Entsendelands in Betracht, die dort rekrutiert worden sind und nur für kurze Zeit in die Schweiz versetzt werden. Einem Prozess in der Schweiz kann ferner eine Gerichtsstandsvereinbarung entgegenstehen. Da der Gerichtsstand nach Art. 5 Abs. 1 IPRG nicht missbräuchlich entzogen werden darf, stellt sich jedenfalls bei Drittstaatenangehörigen, aber auch bei Angehörigen des Entsendestaats, die bereits seit längerem in der Schweiz arbeiten, die Frage, ob ihnen der Entzug des hiesigen Rechtsschutzes zuzumuten ist und vor Art. 5 Abs. 1 IPRG standhält. Die übrigen Ausnahmen nach Art. 11 Abs. 2 lit. a, b und d UNCSI sind für Hausangestellte nicht oder kaum relevant.

2. Wirkung von Art. 12 UNCSI

Bei zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Entsendestaat und seinem Hauspersonal kann in bestimmten Situationen auch die gebietsbezogene Deliktsausnahme nach Art. 12 UNCSI für Personen- und Sachschäden von Bedeutung sein. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift können namentlich erfüllt sein, wenn Hauspersonal diplomatischer Missionen in seiner körperlichen Integrität geschädigt wurde. Wie vorzugehen ist, wenn die Geltungsbereiche der Immunitätsregelung nach Art. 11 und Art. 12 UNCSI gleichzeitig berührt sind, ergibt sich nicht aus dem UNCSI. Nach der hier vertretenen Auffassung beurteilt sich die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität jedenfalls nach Art. 12 UNCSI, wenn der Bedienstete gegen den Entsendestaat einen Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen eines Personen- oder Sachschadens im Sinn dieser Vorschrift geltend macht. Nach Art. 12 UNCSI steht dem Entsendestaat – mangels einer anderslautenden Vereinbarung mit dem Gerichtsstaat – keine Gerichtsbarkeitsimmunität zu.

3. Gesamtwirkung des UNCSI auf den Rechtsschutz des Hauspersonals

Im Ergebnis können Hausangestellte ausländischer Missionen – soweit ein dem Arbeitgeberstaat zurechenbarer Rechtsverstoß ihnen gegenüber vorliegt – diesen in der Schweiz praktisch uneingeschränkt zivilrechtlich verklagen. Punktueller Lücken bestehen im Rahmen von Art. 11 UNCSI wie gezeigt nur für An-

gehörige des Entsendestaats ohne ständigen Aufenthalt in der Schweiz (Art. 11 Abs. 2 lit. e) und wenn eine (zulässige) Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde (Art. 11 Abs. 2 lit. f). Führt die Ausbeutung zu einem Personen- oder Sachschaden im Sinn von Art. 12 UNCSI und kommt in einem zivilrechtlichen Verfahren diese Regelung zur Anwendung, steht dem Entsendeland nie Gerichtsbarkeitsimmunität zu.

Für das UNCSI gilt letztlich, dass die Durchsetzung der Rechte dienstlicher Hausangestellter nicht primär an der Gerichtsbarkeitsimmunität, sondern an der staatlichen Vollstreckungsimmunität (Art. 18 ff. UNCSI) scheitert. Sie können – soweit dem Entsendestaat zurechenbares Verhalten vorliegt – zwar praktisch durchwegs die gerichtliche Anerkennung ihrer zivilrechtlichen Forderungen erwirken. Ohne die Kooperation des Arbeitgeberstaats haben sie aber kaum eine Chance, die ihnen zugesprochene Entschädigung auch tatsächlich zu erhalten. Überdies ergeben sich gewisse beweisrechtliche Erschwernisse vorab aus dem diplomatischen Recht, da die Gerichte die Mitwirkungspflichten der Staaten namentlich gestützt auf den Grundsatz *ne impediatur legatio* und die Unverletzlichkeit von Missionseigentum und -dokumenten herabsetzen (Art. 22 Abs. 3 und Art. 24 WÜD)²⁵⁴.

4. Generelle Würdigung des UNCSI

Aus einer universellen Warte führt das UNO-Staatenimmunitätsabkommen zu einer Vereinheitlichung der Rechtslage, welche die Rechtssicherheit erhöht. Die Abkehr von der absoluten Immunität, insbesondere auch im Bereich der Vollstreckung, ist ein wichtiger und begrüßenswerter Schritt hin zu einem besseren Ausgleich zwischen den Interessen ausländischer Staaten, dem Gerichtsstaat und den Rechtsschutzinteressen der Individuen. Unter dem Aspekt des Rechtsschutzes der privaten Akteure überzeugt das Abkommen aber nicht vollständig. Es gibt teilweise übersteigerten und im alten Denken verhafteten Souveränitätsansprüchen der Staaten nach. Ausdruck davon sind bei Art. 11 UNCSI beispielsweise die vielen Ausnahmen zum Grundsatz der Nichtgeltung der Immunität und insbesondere die Möglichkeit des Entsendelands, sich – ohne gerichtliche Überprüfung – auf Sicherheitsinteressen zu berufen.

Für Hausangestellte ausländischer Missionen kann das Abkommen vor allem in Ländern zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes führen, in denen bis jetzt die absolute Gerichtsbarkeitsimmunität galt oder die in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine sehr weitgehende Immunität gewährt haben. In Gaststaaten wie der Schweiz, welche die Gerichtsbarkeitsimmunität für Arbeitsver-

²⁵⁴ Siehe zum diplomatischen Recht Teil 3.

hältnisse im diplomatischen Kontext jedenfalls gegenüber untergeordneten Angestellten praktisch abgeschafft haben, bewirkt die Konvention durch die in Art. 11 Abs. 2 UNCSI vorgesehenen Ausnahmen zur Nichtgeltung der Immunität dagegen punktuell eine Verschlechterung des Rechtsschutzes²⁵⁵. Zudem ändert das UNCSI mit seiner zaghaften Einführung der beschränkten Vollstreckungsimmunität letztlich wenig am Umstand, dass der Rechtsschutz auf halber Strecke stecken bleibt, solange eine Vollstreckung ohne die Kooperation des betroffenen Schuldnerstaats praktisch unmöglich ist.

²⁵⁵ Zu derselben Einschätzung gelangt für Italien: RICCARDO PAVONI, *L'Immunità degli stati nelle controversie di lavoro*, in Natalino Ronzitti/Gabriella Venturini, *Le immunità giurisdizionali degli stati e degli altri enti internazionali*, Padua 2008, S. 29–44, 34.

§ 10

Fazit zur Wirkung der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen

I. Rechtsschutz im Entsendestaat

Hausangestellte ausländischer Missionen haben grundsätzlich stets die Möglichkeit, den Entsendestaat vor dessen eigener Justiz zu verklagen. Der Rechtsweg im Entsendestaat vermag den fehlenden Rechtsschutz im Gaststaat in der Regel aber nicht zu ersetzen, weil es dort nicht selten an der nötigen Rechtsstaatlichkeit mangelt oder die praktische Hürde für die Einleitung eines Verfahrens für das Hauspersonal (insb. aus Drittstaaten) zu hoch ist. Bezüglich der Auswirkungen der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz im Gaststaat gilt Folgendes:

II. Gerichtsbarkeitsimmunität nach Gewohnheitsrecht, UNCSI sowie ECSI und Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals

Die *völkergewohnheitsrechtliche Staatenimmunität* – sie ist auch für die Vertragsparteien des ECSI-Fakultativregimes massgeblich – schränkt den Rechtsschutz des Hauspersonals diplomatischer Vertretungen am wenigsten ein: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können Entsendestaaten bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit ihren Hausangestellten keine Gerichtsbarkeitsimmunität beanspruchen. Das gilt selbst gegenüber im Entsendestaat rekrutierten Staatsangehörigen. Die Hausangestellten ausländischer Vertretungen können demnach im Gaststaat stets ein Zivilurteil gegen ihren Arbeitgeber erwirken. Die Interessen des Gaststaats und der Bediensteten werden wegen ihrer untergeordneten Funktion und dem fehlenden Bezug zu hoheitlichen Aufgaben stärker gewichtet als das Interesse des Arbeitgeberstaats, Streitigkeiten mit eigenen Angehörigen der Gerichtsbarkeit des Gaststaats zu entziehen.

Der für arbeitsrechtliche Streitigkeiten massgebliche *Art. 11 UNCSI* verankert zwar die Nichtgeltung der Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten als Grundsatz. Die Ausnahmen sind aber derart zahlreich, dass sich auch gemäss dem UNCSI in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Hauspersonal diplomatischer Missionen und dem Entsendestaat die Geltung der Gerichtsbarkeitsimmunität letztlich anhand einer Reihe verschiedener Krite-

rien entscheidet. Inhaltlich steht Art. 11 UNCSI bezüglich der Reichweite der Gerichtsbarkeitsimmunität zwischen der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität und dem generellen ECSI-Regime. Das UNCSI gewährt den Entsendestaaten in Verfahren mit den Hausangestellten ihrer Missionen punktuell Gerichtsbarkeitsimmunität anknüpfend an die Nationalität, an das Berührtsein von Sicherheitsinteressen und nach dem Gegenstand des Verfahrens. Es wertet damit punktuell und in relativ beschränktem Umfang namentlich das Interesse des Arbeitgeberstaats, Streitigkeiten mit eigenen Staatsangehörigen selber zu beurteilen, höher als die Interessen des Gerichtsstaats und der betroffenen Arbeitnehmerschaft. Das Berührtsein von Sicherheitsinteressen, ist grundsätzlich auch nach der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität bekannt. Es würde aber im Zusammenhang mit dienstlichem Hauspersonal jedenfalls in der Schweiz kaum als Grund für die Gewährung der Immunität anerkannt. Das UNCSI überlässt die Feststellung über das Betroffensein von Sicherheitsinteressen hingegen dem Entsendestaat, weshalb die Gefahr besteht, dass solche bloss vorgeschoben werden.

Das *generelle ECSI-Regime* nach Art. 5 schränkt die Rechtsschutzmöglichkeiten dienstlicher Hausangestellter im Vergleich am stärksten ein. Es ist zwar insofern mit dem UNCSI vergleichbar, als es ebenfalls den Grundsatz der Nichtgeltung der Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten statuiert. Zugleich weicht es aber erheblich davon und von der gewohnheitsrechtlichen Gerichtsbarkeitsimmunität ab, indem es für die Gewährung der Immunität allein auf die Kriterien der Nationalität und des Aufenthalts des Arbeitnehmers abstellt, während die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben unbeachtlich ist. Das alleinige Anknüpfen der Gerichtsbarkeitsimmunität an die Nationalität und den Aufenthalt ist wenig sinnvoll. Dadurch geniesst der Entsendestaat eine teils überschiesende Gerichtsbarkeitsimmunität auch in Verfahren, in denen das Interesse des Gerichtsstaats und der Arbeitnehmenden an der Gerichtsbarkeit des Gaststaats dasjenige an der Immunität klar überwiegt (insb. betreffend Drittstaatenangehörigen mit geringem Bezug zum Entsendestaat). Teils führt diese Regelung aber auch zu einer sehr weitgehenden Einschränkung der Immunität, selbst in Verfahren, in denen der Entsendestaat ein legitimes Interesse daran hätte, von der Gerichtsbarkeit des Gastlands ausgenommen zu sein (z.B. Verfahren, die auf eine Wiedereinstellung oder eine Anstellung abzielen).

Das UNCSI (Art. 12) und das ECSI (Art. 11) enthalten eine *gebietsbezogene Deliktsausnahme*, wonach ein ausländischer Staat keine Gerichtsbarkeitsimmunität geniesst für im Gerichtsstaat verursachte Personen- und Sachschäden. Diese Immunitätsregelung kann vor allem relevant werden, wenn das dem Staat zurechenbare ausbeuterische Verhalten die körperliche Integrität und Gesundheit des dienstlichen Hauspersonals beeinträchtigt.

Schliesslich sehen alle drei Immunitätsregime die Möglichkeit von *Gerichtsstandsvereinbarungen* vor, wobei das ECSI und das UNCSI die ausschliessliche Zuständigkeit des Gaststaats (aus Gründen des *ordre public*) vorbehalten. Nach der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität ergibt sich eine ähnliche Schranke aus dem Verbot des missbräuchlichen Entzugs des Gerichtsstands gemäss dem schweizerischen Kollisionsrecht (Art. 5 Abs. 2 IPRG). Dass das vergleichsweise junge UNCSI Gerichtsstandsvereinbarungen mit untergeordneten Angestellten zulässt, läuft neueren Trends zu einem verstärkten Arbeitnehmerschutz entgegen.

III. Vollstreckungsimmunität nach Gewohnheitsrecht, UNCSI sowie ECSI und Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals

Die Chance, gerichtlich erkämpfte Ansprüche gegen den Arbeitgeberstaat im Gaststaat zu vollstrecken, steht nach allen drei Immunitätsregimen sehr schlecht. Die Vollstreckungsimmunität stellt denn auch nach der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität, dem ECSI-Fakultativregime und dem UNCSI das grösste Hindernis für die Verwirklichung des Rechtsschutzes dienstlicher Hausangestellter ausländischer Vertretungen im Gaststaat dar. Einzig nach dem generellen Regime des ECSI verhindert auch die Gerichtsbarkeitsimmunität in grösserem Umfang die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche. Das UNCSI schränkt die bereits sehr geringen Vollstreckungsmöglichkeiten nach der gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität noch zusätzlich ein und steht somit auch bezüglich des Umfangs der Vollstreckungsimmunität zwischen dem Gewohnheitsrecht (und dem ECSI-Fakultativregime) und dem generellen ECSI-Regime. Die gewichtigsten Einschränkungen nach dem UNCSI gegenüber der gewohnheitsrechtlichen Vollstreckungsimmunität liegen vor allem im Ausschluss von Zwangsmassnahmen vor der Urteilsfällung sowie von Vermögenswerten von der Vollstreckung, in die nach dem gewohnheitsrechtlichen Regime unter Umständen vollstreckt werden kann.

IV. Abschliessende Würdigung

Die Staatenimmunität hinterlässt erhebliche Lücken im Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer diplomatischer Vertretungen im Gaststaat. Am einschneidendsten wirkt sich die Vollstreckungsimmunität aus. Dienstliche Hausan-

gestellte haben aufgrund der Vollstreckungsimmunität nach Gewohnheitsrecht, UNCSI und ECSI keine reelle Chance, Zivilurteile gegen den Entsendestaat im Gaststaat gegen dessen Willen zu vollstrecken. Bei der Gerichtsbarkeitsimmunität sind die Rechtsschutzlücken unterschiedlich: Die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität – sie ist auch für die Parteien des ECSI-Fakultativregimes massgeblich – beschränkt die Möglichkeit von dienstlichen Hausangestellten nicht, im Gaststaat ein Zivilurteil gegen den Entsendestaat zu erwirken, das UNCSI punktuell und das generelle ECSI-Regime relativ weitreichend.

3. Teil

Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat

§ 11

Einleitende Bemerkungen zum WÜD und zu den Immunitäten

Ausbeutung ist immer auf das Verhalten einzelner Personen zurückzuführen. Beim Hauspersonal, das im Heim von Diplomaten oder weiteren Missionsangestellten arbeitet, geht sie gewöhnlich von diesen oder ihren Familienangehörigen aus. Das gilt nicht nur für die von Diplomatinen oder weiterem Missionspersonal selber angestellten Hausbediensteten (private Hausangestellte), sondern auch für die in der Residenz der Missionschefs tätigen Bediensteten, die über einen Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat verfügen²⁵⁶. Urheber von Rechtsverletzungen gegenüber dem dienstlichen, das heisst in der Mission tätigen und vom Entsendestaat beschäftigten Hauspersonal, sind ebenfalls in erster Linie Diplomaten oder die Kanzleichefin, die eine Diplomatin oder eine konsularische Mitarbeiterin sein kann²⁵⁷. Gelegentlich gehen Rechtsverstösse auch vom administrativen und technischen Personal aus, das in der Hierarchie ebenfalls über dem Hauspersonal steht.

Die Möglichkeiten privater und dienstlicher Hausangestellter, ihre Rechte gegenüber fehlbaren Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten durchzusetzen, werden auf völkerrechtlicher Ebene wesentlich durch das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 (WÜD) bestimmt. Dieses regelt die Rechte und Pflichten des Entsende- und Empfangsstaats im Zusammenhang mit dem Betrieb ständiger diplomatischer Missionen.

²⁵⁶ Das trifft etwa auf die Hälfte der in der Residenz der Missionschefinnen tätigen Hausbediensteten zu. Bei Verstössen gegen den Arbeitsvertrag (z.B. Nichteinhaltung der Arbeitszeiten, unrechtmässige Kündigung, Lohnausstände etc.) können diese Angestellten zivilrechtlich gegen den Entsendestaat – als ihren Arbeitgeber – vorgehen. Vgl. dazu z.B. X. v. Israel, 127 ILR 310 sowie S. 12.

²⁵⁷ Dazu eingehender S. 18 f. und für Beispiele S. 118 ff.

Es hat praktisch universelle Geltung und stellt zudem weitgehend Völkergewohnheitsrecht dar²⁵⁸. Die Schweiz ist seit 1963 Vertragspartei²⁵⁹.

Das Übereinkommen beginnt mit einer Reihe von Begriffsbestimmungen²⁶⁰, etwa zu den unterschiedlichen Kategorien von Missionspersonal, und umschreibt sodann unter anderem die Aufgaben der diplomatischen Mission²⁶¹. Ferner enthält es Vorschriften im Zusammenhang mit der Ernennung des Missionschefs und des weiteren Personals sowie zur Beendigung der dienstlichen Tätigkeit von Diplomatinen²⁶². Von zentraler Bedeutung sind im hier interessierenden Zusammenhang die Bestimmungen über die Immunitäten und Vorrechte sowie die Unverletzlichkeit des Missionspersonals und ihrer Familienangehörigen²⁶³. Daneben wirken sich auch die Vorschriften über die Unverletzlichkeit der Mission auf die Durchsetzung der Rechtsansprüche von ausgebeutetem Hauspersonal aus²⁶⁴.

Zweck der Vorrechte und Immunitäten sowie der Unverletzlichkeit der Mission und der diplomatischen Vertreterinnen und Vertreter ist es vor allem, die wirksame Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben zu gewährleisten (Funktionalitätstheorie; *ne impediatur legatio*)²⁶⁵. Vor allem in Krisensituationen im Gastland sowie bei politischen Spannungen zwischen dem Entsende- und dem Gaststaat nimmt die Gefahr zu, dass ausländische Missionen und diplomatisches Personal Zielscheibe für Übergriffe oder missbräuchliche, insbesondere politisch motivierte Prozesse werden. Anlässlich der Geiselnahme in der US-amerikanischen Botschaft im Iran führte der Internationale Gerichtshof zur Bedeutung des diplomatischen Rechts aus:

«[T]he obligations [...] by the two Vienna Conventions [WÜD und WÜK] are of cardinal importance for the maintenance of good relations between States in the interdependent world of today. <There is no more fundamental prerequisite for the conduct of relations between States> [...] <than the inviolability of diplomatic envoys and embassies, so that throughout history nations of all creeds and cultures have observed reciprocal obligations for that purpose.> The institution of diplomacy [...] has proved to be <an instrument essential for effective co-operation in

²⁵⁸ Ratifikationsstand März 2014: 189 Länder.

²⁵⁹ Die Schweiz wendet das WÜD sinngemäss auch auf die ständigen Missionen bei internationalen Organisationen an: Art. 6 Abs. 2 V-GSG.

²⁶⁰ Art. 1 WÜD.

²⁶¹ Art. 3 WÜD.

²⁶² Art. 4 ff. und Art. 43 WÜD.

²⁶³ Insb. Art. 29, Art. 30, Art. 31, Art. 37–39 WÜD; dazu gleich anschliessend S. 104 ff.

²⁶⁴ Art. 22, Art. 24, Art. 27 Abs. 2 und 3 WÜD; dazu mehr auf S. 103.

²⁶⁵ Präambel WÜD.

the international community, and for enabling States, irrespective of their differing constitutional and social systems, to achieve mutual understanding and to resolve their differences by peaceful means»²⁶⁶.

Damit die Vorrechte und Immunitäten die ungestörte Wahrnehmung der dienstlichen Tätigkeit im Gaststaat befördern können, müssen sie den Diplomatinen und weiteren geschützten Personen in erster Linie während ihrer Diensttätigkeit im Gaststaat zustehen. In zeitlicher Hinsicht ist die Einreise zwecks Aufnahme der Diensttätigkeit und die Ausreise nach Beendigung des Diensts massgeblich (Art. 39 Abs. 1 und 2 WÜD)²⁶⁷. Teilweise wirkt die diplomatische Immunität im Gaststaat auch nach Dienstende der geschützten Personen fort²⁶⁸.

Die Vorrechte und Immunitäten sowie der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission und des Missionspersonals entbinden den Entsendestaat und das Missionspersonal nicht von der Einhaltung der Rechtsvorschriften des Gastlands²⁶⁹. Sie lassen auch nicht die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Entsendestaats für ihm zurechenbares Verhalten oder die individuelle Verantwortlichkeit fehlbarer Diplomaten und weiterer Missionsangestellter dahinfallen. Die Immunität wirkt vielmehr rein verfahrensrechtlich und verhindert die materielle Beurteilung (nicht aber ein Prozessurteil) gegen die geschützten Personen im Gaststaat²⁷⁰. Da die Immunität die geschützten Personen nach Art. 31 Abs. 4 WÜD einzig von der Gerichtsbarkeit im Gaststaat entbindet, können sie im Entsendeland grundsätzlich jederzeit für ihr gesamtes Tun gerichtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Sodann kann auf die Immunität, die Unverletzlichkeit sowie die Befreiung von den Zeugenpflichten verzichtet werden²⁷¹. Dieser Entscheid steht nur dem Entsendestaat und nicht den geschützten Personen zu, weil

²⁶⁶ IGH, Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), I.C.J. Reports 1980, S. 3, Ziff. 91.

²⁶⁷ Befindet sich die Diplomatin vor Dienstaufnahme bereits im Gaststaat, ist die Notifikation der Ernennung ausschlaggebend (Art. 39 Abs. 1 WÜD). Bleibt sie nach Beendigung der dienstlichen Tätigkeit im Gaststaat, ist der Ablauf einer angemessenen Frist für die Ausreise entscheidend (Art. 39 Abs. 2 WÜD). Umstritten ist, ob sich ein Diplomat, der im Gaststaat eine hoheitliche Handlung für den Entsendestaat ausübt, aber mangels Notifikation noch keine diplomatische Immunität beanspruchen kann, auf die Staatenimmunität (des Entsendestaats, Amtsträgerimmunität) berufen kann. Das Verhältnis zwischen diplomatischer Immunität und Staatenimmunität ist kompliziert und in Praxis und Literatur nicht restlos geklärt. Dazu mehr auf S. 31, Fn. 59.

²⁶⁸ Dazu im Detail S. 106 ff.

²⁶⁹ Vgl. Art. 41 Abs. 1 WÜD.

²⁷⁰ Zur prozeduralen Wirkung der Immunität (im Zusammenhang mit der Immunität des Aussenministers): IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), I.C.J. Reports 2002, S. 3, Ziff. 60.

²⁷¹ Art. 32 Abs. 1 WÜD und DENZA, Commentary, S. 347 f.

die Vorrechte und Immunitäten nicht zu ihrem persönlichen Nutzen gewährt werden²⁷². Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen, wobei der Verzicht auf die Gerichtsbarkeitsimmunität nicht auch für die Vollstreckungsimmunität gilt (Art. 32 Abs. 2 und 4 WÜD)²⁷³.

²⁷² So ausdrücklich die Präambel des WÜD. Ein rechtmässig erklärter Verzicht kann nicht mehr zurückgezogen werden und gilt in der betreffenden Angelegenheit für alle Instanzen; DENZA, Commentary, S. 337.

²⁷³ Nicht abschliessend geklärt ist, ob ein im Voraus erklärter Verzicht den Entsendestaat bindet. Weshalb ein Staat an einen unmissverständlich formulierten Verzicht, etwa betreffend Streitigkeiten aus einem Mietvertrag mit einer Diplomatin, nicht gebunden sein soll, ist nicht einzusehen; in diesem Sinn auch DENZA, Commentary, S. 337 ff., insb. 339 m.H. auf die englische Praxis. Zu beachten ist allerdings, dass der Entsendestaat den Verzicht erklären muss und ein allein vom Diplomat eingeräumter Verzicht nicht ausreicht. Zur Thematik auch ROBERTS, Satow's Diplomatic Practice, Rz. 9.27 m.H.

§ 12

Reichweite der diplomatischen Immunität und der Vorrechte

I. Unverletzlichkeit der Mission

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission, ihrer Einrichtungen, ihres Eigentums und der Korrespondenz schliesst jegliche Zwangsmassnahmen wie zum Beispiel die Beschlagnahme, Pfändung oder Vollstreckung in das Eigentum ausländischer Missionen sowie Hausdurchsuchungen aus²⁷⁴. Vertreterinnen und Vertreter des Gastlands dürfen die Räumlichkeiten der Mission nur mit Zustimmung der Missionschefin betreten²⁷⁵. In Ausnahmesituationen, in denen grosse Sicherheitsgefahren von der Mission ausgehen (Feuer, Krankheiten, Gewaltanwendung), kann sich dieser Grundsatz jedoch als inadäquat erweisen, wobei allerdings höchst umstritten ist, ob deswegen ausnahmsweise ein Eindringen in die Mission ohne Zustimmung der Missionschefin zulässig ist²⁷⁶. Der Gaststaat ist weiter verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Räumlichkeiten der Mission vor jedem Eindringen und jeder Beschädigung zu schützen (Art. 22 Abs. 2 WÜD) und der Mission jede Erleichterung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu gewähren (Art. 25 WÜD). Der Entsendestaat ist seinerseits gehalten, die Missionsräumlichkeiten nicht in einer Weise zu benutzen, die mit den Aufgaben der Mission unvereinbar ist (Art. 41 Abs. 3 WÜD).

²⁷⁴ Art. 22, Art. 24, Art. 27 Abs. 2 und 3 WÜD. Die Unverletzlichkeit der Mission gemäss Art. 22 WÜD beschränkt sich nach dem Wortlaut auf deren innerhalb des Missionsgeländes befindliches Eigentum. Ausserhalb gelegenes Eigentum (z.B. Bankkonten der Mission) ist deswegen im Gaststaat jedoch nicht schutzlos, sondern nach den Grundsätzen der Staatenimmunität vor Zwangsmassnahmen geschützt, soweit es für Missionszwecke benutzt wird (dazu auch S. 30 f. und 68 ff.).

²⁷⁵ Art. 22 Abs. 1 und 3 WÜD.

²⁷⁶ Mehr zu dieser Problematik auf S. 128 ff.

II. Immunität und Unverletzlichkeit des Missionspersonals während des Diensts im Gaststaat

1. Diplomatisches Personal und Familien

Nach Art. 31 Abs. 1 WÜD sind Diplomatinen und Diplomaten während ihrer Diensttätigkeit im Gaststaat ausnahmslos von der dortigen Straf- und praktisch vollständig von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgenommen²⁷⁷. Im gleichen Umfang geniessen sie auch Vollstreckungsimmunität (Art. 31 Abs. 3 WÜD). Die wenigen Ausnahmen von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeitsimmunität (Art. 31 Abs. 1 lit. a–c WÜD) sind im Zusammenhang mit der Ausbeutung von privatem und dienstlichem Hauspersonal irrelevant. Insbesondere fällt die Anstellung von privaten Hausangestellten nicht unter die Immunitätsausnahme für private wirtschaftliche Tätigkeiten von Diplomatinen (Art. 31 Abs. 1 lit. c WÜD)²⁷⁸. Die Immunität der Diplomatinen während der Diensttätigkeit ist personenbezogen (Immunität *ratione personae*), das heisst, sie besteht unabhängig vom privaten oder dienstlichen Charakter der Handlung. Davon erfasst sind folglich auch Tätigkeiten ohne Bezug zur diplomatischen Funktion wie beispielsweise das Nichtbezahlen der Rechnung bei einem privaten Restaurantbesuch, das Verursachen eines Skiunfalls im Familienurlaub oder Nachbarschaftsstreitigkeiten. Die Immunität steht der materiellen Beurteilung einer zivilrechtlichen Klage entgegen, wenn der ins Recht gefasste Diplomat im Urteilszeitpunkt – nicht beim Begehen des inkriminierten Verhaltens oder im Zeitpunkt der Klageerhebung – Immunität geniesst²⁷⁹.

Diplomaten sind überdies im Dienst durch den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Person, des Eigentums, der Korrespondenz und der Privatwohnung geschützt (Art. 29 f. WÜD). Dieser untersagt jegliche Zwangsmassnahmen des Gaststaats gegenüber den geschützten Personen, ihrer Privatwohnung und ihres Eigentums, sodass namentlich die Festnahme oder Inhaftierung einer

²⁷⁷ Dagegen steht diplomatischem Personal, das im Gaststaat ständig anwesend ist oder ausnahmsweise dessen Staatsangehörigkeit besitzt (vgl. Art. 8 Abs. 1 WÜD) auch im Dienst nur eine beschränkte Immunität *ratione materiae* für dienstliche Handlungen zu. Diese Konstellation ist in der Schweiz praktisch kaum relevant.

²⁷⁸ DENZA, Commentary, S. 305 m.H. auf die Praxis und YANG, State Immunity, S. 191.

²⁷⁹ Vgl. etwa Silva v. Devi, 861 F. Supp. 2d 135 (S.D. N.Y. 2012), S. 141. Entfällt die im Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens bestehende Immunität vor der Beurteilung, kann folglich ein Sachurteil gefällt werden. Umgekehrt ist ein solches ausgeschlossen, wenn die Immunität erst nach der Tat aber noch vor der Klagebeurteilung eintritt; SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 545 ff. Bei Strafverfahren steht die Immunität der Einleitung des Strafverfahrens entgegen; zu den Wirkungen der Immunität von der Strafgerichtsbarkeit siehe im Einzelnen KREIKER, Exemptionen S. 392 ff.

Diplomatin, Hausdurchsuchungen oder die Beschlagnahme oder Pfändung des Eigentums unzulässig sind. Einzig wenn Diplomaten beim Begehen eines Verbrechens ertappt werden, dürfen sie zwecks Verhinderung der Tat kurz festgenommen werden²⁸⁰. Schliesslich sind Diplomatinen gemäss Art. 31 Abs. 2 WÜD auch von der Pflicht entbunden, als Zeuginnen vor Gericht auszusagen²⁸¹.

Den im Haushalt der Diplomaten lebenden Familienangehörigen stehen nach Art. 37 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 ff. WÜD grundsätzlich dieselben Vorrechte und Immunitäten zu wie Diplomatinen und Diplomaten (insb. Immunität, Unverletzlichkeit der Person und Befreiung von der Pflicht zur Zeugenaussage).

Personalchefin (Kanzleichefin) an grösseren Missionen ist teilweise ebenfalls eine Diplomatin, teils aber auch eine Konsularbeamtin gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. d des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK). Konsularisches Personal geniesst, anders als Diplomatinen und Diplomaten, auch im Dienst im Gaststaat bloss eine funktionelle Immunität für dienstliche Handlungen von der Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 43 Abs. 1 WÜK).

2. Administratives und technisches Personal sowie Familien

Die Vorrechte und Immunitäten der administrativen und technischen Missionsangestellten und ihrer Familienangehörigen sind in Art. 37 Abs. 2 WÜD geregelt. Sie geniessen während der Dienstzeit im Gaststaat wie Diplomaten eine absolute Immunität *ratione personae* von der Strafgerichtsbarkeit. Hingegen steht ihnen im Unterschied zu diesen nur eine beschränkte Immunität *ratione materiae* für dienstliche Tätigkeiten von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zu²⁸². Darunter sind Handlungen zu verstehen, die das administrative und technische Personal für die Mission ausübt und die in einem sachlichen Zusammenhang mit den diplomatischen Aufgaben (Amtshandlungen) gemäss Art. 3 WÜD stehen, diesen mittelbar dienen oder für die Aufrechterhaltung des Missionsbetriebs erfolgen. Auch rechtswidrige oder in Überschreitung der Kompetenzen vorgenommene Handlungen haben dienstlichen Charakter, sofern sie den

²⁸⁰ Dazu mehr auf S. 127.

²⁸¹ Eine Einladung zur Zeugenaussage ohne Androhung von Zwangsmassnahmen bei Nichtbefolgen stellt keine Zwangsmassnahme dar und ist grundsätzlich zulässig. Vgl. IGH, Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), I.C.J. Reports 2008, S. 177, Ziff. 171.

²⁸² Da Familienangehörige des administrativen und technischen Personals üblicherweise keine dienstlichen Aufgaben wahrnehmen, beschränkt sich ihre Immunität im Wesentlichen auf die Strafgerichtsbarkeit.

nötigen sachlichen Bezug zur Aufrechterhaltung des Missionsbetriebs oder der Erfüllung von Amtshandlungen aufweisen. Dagegen sind Tätigkeiten, die administrative und technische Angestellte als Privatperson vornehmen, ihrer privaten Lebenssphäre zuzuschreiben. Sie fallen ebenso wenig unter den Begriff der dienstlichen Tätigkeit wie lediglich bei Gelegenheit ihrer dienstlichen Tätigkeit ausgeübte Handlungen ohne Sachbezug zu den dienstlichen Aufgaben. Im Ergebnis umfassen dienstliche Tätigkeiten²⁸³ im Sinn von Art. 37 Abs. 2 WÜD im Wesentlichen jene Handlungen, die dem Entsendestaat zurechenbar sind und für die er die völkerrechtliche Verantwortung trägt.

Die administrativen und technischen Angestellten und ihre Familienangehörigen sind zudem durch den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Person, ihrer Wohnung, ihres Eigentums und ihrer Korrespondenz geschützt²⁸⁴. Überdies sind sie von der Pflicht entbunden, als Zeuginnen und Zeugen vor Gericht aufzutreten.

Zu berücksichtigen ist die praxisrelevante Einschränkung, dass administrative und technische Angestellte, die im Gaststaat ihren ständigen Aufenthalt haben oder dessen Bürgerrecht besitzen, Vorrechte und Immunitäten nur in dem vom Gaststaat zugelassenen Umfang zustehen (Art. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 2 WÜD)²⁸⁵. Die Schweiz gewährt ihnen keine Immunitäten und Vorrechte. Allerdings darf der Gaststaat seine Hoheitsgewalt auch über diese Personen nur so ausüben, dass die Mission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht ungebührlich behindert wird.

III. Immunität des Missionspersonals nach Dienstende im Gaststaat

1. Immunität *ratione materiae* für Diensthandlungen

Am Ende der Dienstzeit erlischt mit der Ausreise aus dem Gaststaat die Immunität *ratione personae* für private Handlungen. Fortan geniessen die geschützten Personen gemäss Art. 39 Abs. 2 WÜD im Gaststaat nur noch eine Immunität

²⁸³ Mehr zum Begriff der dienstlichen Tätigkeit im Sinn von Art. 37 Abs. 2 WÜD auf S. 107 ff.

²⁸⁴ Art. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 29 ff. WÜD. Zu den Auswirkungen dieser Grundsätze auf die polizeiliche Gefahrenabwehr siehe S. 127 ff.

²⁸⁵ Hier könnte sich die – umstrittene und nicht abschliessend geklärte – Frage stellen, ob allenfalls subsidiär die Amtsträgerimmunität (Staatenimmunität) für dienstliche oder jedenfalls hoheitlich dienstliche Handlungen zur Anwendung gelangt. Siehe zu dieser Thematik S. 31, Fn. 59.

ratione materiae für Handlungen, welche sie in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit vorgenommen haben (Diensthandlungen). Beim diplomatischen Personal betrifft die Umwandlung der Immunität *ratione personae* in eine funktionelle Immunität für Diensthandlungen die Immunität von der Zivil-, Verwaltungs- und Strafgerichtsbarkeit, beim administrativen und technischen Personal einzig jene von der Strafgerichtsbarkeit. Soweit die geschützten Personen bereits im Dienst nur eine funktionelle Immunität genossen haben, besteht diese nach Dienstende unverändert fort. Dies trifft auf die Immunität von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeitsimmunität des administrativen und technischen Personals sowie auf die Immunität von der Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit des Kanzleichefs mit konsularischen Status²⁸⁶ zu.

2. Unklare Reichweite des Begriffs «Diensthandlung»

Nach dem Wortlaut von Art. 39 Abs. 2 WÜD in den authentischen Vertragsfassungen erstreckt sich die Immunität *ratione materiae* auf «acts performed in the exercise of his [her] functions as a member of the mission», «actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission» beziehungsweise «actos realizados en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión»²⁸⁷. Diese Umschreibung der von der funktionellen Immunität nach Art. 39 Abs. 2 WÜD erfassten Tätigkeiten ist vage und das WÜD nennt keine Kriterien für die Unterscheidung zwischen privaten und dienstlichen Handlungen. Die Abgrenzung bereitet der Praxis und Lehre, abgesehen von Fällen an beiden Enden des Spektrums, erhebliche Mühe; entsprechend verworren sind Terminologie und Rechtslage²⁸⁸.

Das WÜD enthält neben Art. 39 Abs. 2 noch weitere Immunitäten *ratione materiae*. Es drängt sich daher auf, bei der Auslegung des Gehalts von Art. 39 Abs. 2 WÜD auch diese weiteren Normen mitzuberücksichtigen. Wie bereits dargelegt, steht beispielsweise dem administrativen und technischen Personal gemäss Art. 37 Abs. 2 WÜD (auch) im Dienst keine Immunität von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zu für «acts performed outside the course of their duties»/«actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions»/«actos

²⁸⁶ Art. 53 Abs. 4 WÜK.

²⁸⁷ Authentisch sind ferner die russische und die chinesische Vertragsfassung (Art. 53 WÜD).

²⁸⁸ So schon die Einschätzung von SALMON (1994), *Droit diplomatique*, Ziff. 600. Der Autor bietet eine gute Darstellung der Praxis und Problemstellung (*Droit diplomatique*, Rz. 580–621). Vgl. ferner LÜKE, *Funktionsträger*, S. 76 ff. und KREIKER, *Exemtionen*, S. 481 ff.

realizados fuera del desempeño de sus funciones»²⁸⁹. Im praktisch kaum relevanten Fall, dass diplomatisches Personal die Nationalität des Gastlands besitzt oder dort seinen ständigen Aufenthalt hat, gewährt Art. 38 Abs. 1 WÜD in der Dienstzeit ebenfalls nur eine funktionelle Gerichtsbarkeitsimmunität für «official acts performed in the exercise of his [her] functions»/«actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions»/«actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones». Die Formulierungen von Art. 37 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 WÜD sind mangels klarer Abgrenzungskriterien ebenfalls wenig konturiert und weichen teils von derjenigen nach Art. 39 Abs. 2 WÜD ab. Die Bestimmung der Reichweite der funktionellen Immunitäten des Missionspersonals wird zusätzlich durch Abweichungen zwischen den authentischen Vertragsfassungen erschwert. Der Wortlaut der französischen und spanischen Fassung von Art. 37 Abs. 2 WÜD beispielsweise legt den Schluss nahe, die Immunität *ratione materiae* des administrativen und technischen Personals (Immunität für «actes accomplis dans l'exercice des ses fonctions»/«actos realizados en el ejercicio de sus funciones») entspreche derjenigen nach Beendigung des Diensts gemäss Art. 39 Abs. 2 WÜD (Immunität für «acts performed in the exercise of his [her] functions»/«actes accomplis dans l'exercice des ses fonctions»/«actos realizados en el ejercicio de sus funciones»). Dagegen deutet die englische Version von Art. 37 Abs. 2 WÜD eher darauf hin, dass die funktionelle Immunität des administrativen und technischen Personals weiter gefasst ist (Immunität für «acts performed in the course of his [her] duties» [im Umkehrschluss]) als diejenige nach Art. 39 Abs. 2 WÜD. Vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass sich in der englischsprachigen Literatur der Standpunkt findet, die funktionelle Immunität des administrativen und technischen Personals (Art. 37 Abs. 2 WÜD) gehe weiter als jene nach Beendigung der Dienstzeit (Art. 39 Abs. 2 WÜD)²⁹⁰, während in der französischsprachigen Literatur die Haltung vertreten wird, die Immunitäten nach Art. 39 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 WÜD seien deckungsgleich²⁹¹.

²⁸⁹ Gleich umschrieben – aber mit positiver Formulierung – ist die funktionelle Immunität des dienstlichen Hauspersonals während seiner Dienstzeit im Gaststaat (Art. 37 Abs. 3 WÜD).

²⁹⁰ DENZA, Commentary, S. 441 i.V.m. S. 408. Ihrer Ansicht nach sind die Immunitäten *ratione materiae* gemäss Art. 39 Abs. 2 WÜD (nach Dienstende) und Art. 38 Abs. 1 WÜD (Diplomatinnen mit ständigem Aufenthalt im Gaststaat oder mit dessen Staatsangehörigkeit) trotz des unterschiedlichen Wortlauts deckungsgleich; gleicher Ansicht auch YORAM DINSTEIN, Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae, in ICLQ 1966, S. 76–89, 86. Zugleich vertritt Denza den Standpunkt, diese beiden Immunitäten *ratione materiae* seien weniger weitreichend als jene nach Art. 37 Abs. 2 WÜD (Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeitsimmunität des administrativen und technischen Personals).

²⁹¹ SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 584. Nach ihm haben die Immunitäten gemäss Art. 39 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 und 3 WÜD einen weiteren Anwendungsbereich als jene nach

Der Wortlaut von Art. 39 Abs. 2 WÜD und den weiteren Vorschriften zur funktionellen Immunität des Missionspersonals (Art. 37 Abs. 2 und 3, Art. 38 Abs. 1 WÜD) lässt meines Erachtens für sich allein aufgrund der Unbestimmtheit und mangels Abgrenzungskriterien keine klaren Rückschlüsse auf den Umfang der jeweiligen funktionellen Immunität zu. Während der Ausarbeitung des Vertrags wurde denn auch wiederholt angesprochen, dass die Unterscheidung zwischen privaten und dienstlichen Handlungen und damit die Bestimmung der Reichweite der funktionellen Immunitäten unklar sei und in der Praxis zu Schwierigkeiten führen werde²⁹². Es erscheint unter den gegebenen Umständen auch fraglich, inwiefern aus den (abweichenden) Formulierungen in Art. 39 Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 2 (und 3) WÜD auf einen unterschiedlichen Umfang der jeweiligen Immunitäten geschlossen werden kann²⁹³. Der

Art. 38 Abs. 1 WÜD. Letztere gelte nicht für alle «actes accomplis dans l'exercice des ses fonctions, mais seulement pour les actes officiels accomplis dans cet exercice» (Rz. 582). In der deutschen Literatur wird übereinstimmend mit Salmon prominent die Haltung vertreten, die Immunitäten nach Art. 37 Abs. 2 und 3 sowie Art. 39 Abs. 2 WÜD seien in ihrer Reichweite identisch, aber weitreichender als jene nach Art. 38 Abs. 1 WÜD; so z.B. WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 327, 334 und 345 und eingehend KREIKER, Exemtionen, S. 480 ff., insb. auch 492 ff. (primär mit Blick auf die Strafgerichtsbarkeit).

²⁹² Siehe aus den Diskussionen der ILC z.B. YBILC 1957 I, S. 131, Ziff. 20 und S. 133, Ziff. 51, 53, 58 und 60.

²⁹³ A.A. KREIKER, Exemtionen, S. 494. Es erscheint problematisch, dass Kreiker auf Unterschiede im Wortlaut der nicht authentischen deutschen Fassung abstellt. Allerdings sind wie vorangehend dargelegt die Wortlaute der authentischen Vertragsfassungen ebenfalls unbestimmt. Auch die Formulierung von Art. 38 Abs. 1 WÜD «official acts performed in the exercise of his [her] functions»/«actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions»/«actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» ermöglicht keine klare Eingrenzung der von der Immunität erfassten nicht privaten Handlungen. Zudem lässt sich «official acts performed in the exercise of his [her] functions» wie die Formulierung «acts performed in the exercise of his [her] functions» von Art. 39 Abs. 2 WÜD auf Deutsch mit dienstlichen Handlungen übersetzen (analoges gilt für die französische Fassung). Die Zufälligkeiten der Terminologie betreffend die funktionellen Immunitäten werden etwa deutlich, wenn die ILC im Kommentar zu ihrem Entwurf bei der funktionellen Immunität des administrativen und technischen Personals plötzlich von «*official acts performed in the course of their duties*» spricht (kursiv durch die Verfasserin); ILC, Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with a Commentary, in YBILC 1958 II, S. 102, Kommentar zu Art. 36, Ziff. 9. Klare Hinweise, dass die unterschiedlichen Formulierungen bewusst zur Abgrenzung der Reichweite gewählt wurden und ein konsequenter Sprachgebrauch vorliegt, ergeben sich m.E. soweit ersichtlich nicht aus den Vertragsmaterialien. Aus den Diskussionen in der ILC siehe insb. YBILC 1957 I, S. 123–134. Zur Diskussion während der Vertragsverhandlungen, UN, Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, vol. I. Für eine engere Interpretation der funktionellen Immunität nach Art. 38 Abs. 1 WÜD (im Vergleich zu Art. 39 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 WÜD) und demzufolge eines weitergehenden gerichtlichen Zugriffs des

Geltungsbereich der hier vorab interessierenden funktionellen Immunität nach Dienstende (Art. 39 Abs. 2 WÜD) und des administrativen und technischen Personals (Art. 37 Abs. 2 WÜD) ist daher meines Erachtens hauptsächlich mit Blick auf deren Zweck zu bestimmen.

Die diplomatische Immunität verfolgt als primäres Ziel, die wirksame Wahrnehmung der diplomatischen Missionen im Gaststaat zu ermöglichen. Diesem Zweck dient mittelbar auch die über die Dienstzeit hinaus geltende Immunität, indem sie sicherstellt, dass Diplomattinnen und anderes Missionspersonal Diensthandlungen nicht unterlassen, weil sie fürchten dafür (später) im Gastland zur Rechenschaft gezogen zu werden²⁹⁴. Die diplomatische Immunität *ratione materiae* ist aber noch aus einem zweiten Grund von Bedeutung: Sie verhindert, dass Prozesse gegen das Missionspersonal als Mittel benützt werden, um gegen den Entsendestaat als solchen vorzugehen, das heisst diesen für die ihm zurechenbaren Handlungen im Gaststaat zur Rechenschaft zu ziehen. Ein Verfahren gegen eine Diplomatin wegen einer Diensthandlung kommt in der Sache einem Verfahren gegen den Entsendestaat gleich²⁹⁵. Soweit dem Staat zurechenbare Handlungen in Frage stehen, ist grundsätzlich dieser selber ins Recht zu fassen und nicht das für ihn agierende Individuum, wie umgekehrt grundsätzlich auch die Angestellten selber und nicht der Staat ins Recht zu nehmen ist für das private, nicht dem Staat zurechenbare Handeln. Die diplomatische Immunität *ratione materiae* trägt somit auch dazu bei, dass ein Gerichtsverfahren gegen den richtigen Akteur (Missionsangestellter oder Entsendestaat) geführt wird. Aus völkerrechtlicher Sicht ist dies derjenige Akteur, dem die Handlung nach den völkerrechtlichen Regeln zurechenbar ist und dem die Verantwortlichkeit dafür obliegt. Der Begriff der Diensthandlung im Sinn von Art. 39 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 WÜD ist demnach von Bedeutung für die adäquate Abgrenzung zwischen der privaten und staatlichen Sphäre und erstreckt sich auf alle Handlungen, die nach den internationalen und nationalen Regeln der Staatenverantwort-

Gaststaats auf das diplomatische Personal nach Art. 38 Abs. 1 WÜD liesse sich allenfalls der besonders enge Bezug dieser Diplomaten zum Gaststaat (ständiger Aufenthalt oder dessen Staatsangehörigkeit) und der abgeschwächte Bezug zum Entsendestaat anführen.

²⁹⁴ Zwar minimiert sich mit der Ausreise die Gefahr einer Verurteilung im Gaststaat und v.a. der Urteilstvollstreckung regelmässig erheblich. Dennoch könnte die Befürchtung – bspw. nach einem Regimewechsel im Entsendestaat – an das Gastland ausgeliefert zu werden oder aufgrund eines internationalen Haftbefehls nicht mehr ins Ausland reisen zu können, die Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben mittelbar beeinträchtigen. Zur Zulässigkeit von Straf- und Zivilurteilen in Abwesenheit der beschuldigten Person siehe S. 124.

²⁹⁵ SALMON, *Droit diplomatique*, Ziff. 603 m.H.; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 343.

lichkeit solche des Entsendelands sind²⁹⁶. Insofern besteht folglich – jedenfalls soweit Verstösse gegen das Völkerrecht in Frage stehen – ein Bezug zwischen den Immunitäten *ratione materiae* der Missionsangestellten und der internationalen Staatenverantwortlichkeit. Die funktionelle Immunität schützt Diplomtinnen und Diplomaten davor, vor ausländischen Gerichten für Handlungen ins Recht gefasst zu werden, für die der Staat als Organisationseinheit einzustehen hat²⁹⁷. Zugleich dient sie dem Schutz des Entsendelands, indem gegen den Staat selber – und nicht gegen das Missionspersonal – vorgehen muss, wer ihn für das ihm zurechenbare Handeln (zivilrechtlich) zur Verantwortung ziehen will. Inwieweit er sich selber im Gaststaat auf die Immunität berufen kann, bestimmt sich nach den Regeln der Staatenimmunität und ist von der Frage nach der Zurechenbarkeit und der materiellen Verantwortlichkeit zu trennen. Der Umfang der Staatenimmunität und der Immunität *ratione materiae* des Missionspersonals sind nicht deckungsgleich²⁹⁸ und es gibt verschiedene Konstellationen, in denen die diplomatische Immunität des Missionspersonals greift, der Entsendestaat für ihm zurechenbare Handlungen im Gaststaat jedoch keine Gerichtsbarkeitsimmunität genießt²⁹⁹.

3. «Diensthandlung» nach Art. 39 Abs. 2 WÜD: Begriffsbestimmung

Auf der Basis der vorgehenden Überlegungen ist der Begriff der Diensthandlung nach Art. 39 Abs. 2 WÜD und damit der Umfang der Immunität *ratione materiae* nach Dienstende wie folgt zu bestimmen:

Zu Recht unbestritten ist am einen Ende des Spektrums, dass Amtshandlungen, das meint Handlungen, die für sich genommen unmittelbar der Erfüllung diplomatischer Aufgaben im Sinn von Art. 3 WÜD dienen, dienstliche Tätigkeiten nach Art. 39 Abs. 2 WÜD darstellen und folglich nach Dienstende durch die funktionelle Immunität gedeckt sind³⁰⁰. Art. 3 WÜD umschreibt den Aufgabenkreis diplomatischer Missionen nicht abschliessend. Er ist anerkanntermassen sehr gross, weshalb die Vorschrift für die Eingrenzung der funktionellen Immu-

²⁹⁶ Diesen Aspekt hebt überzeugend SALMON hervor (Droit diplomatique, Ziff. 603–607); vgl. auch AKANDE/SHAH, State Officials, S. 826 f.

²⁹⁷ Das Völkerrecht sieht nur ausnahmsweise zusätzlich zur (zivilrechtlichen) Staatenverantwortlichkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen vor. Zum Verhältnis zwischen individueller und staatlicher Verantwortlichkeit ANDRÉ NOLLKAEMPER, Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law, in ICLQ 2003, S. 615–640.

²⁹⁸ Siehe dazu auch KREIKER, Exemtionen, S. 550 ff.

²⁹⁹ Die Staatenimmunität beschränkt sich auf *acta iure imperii*. Dazu z.B. S. 43 f.

³⁰⁰ KREIKER, Exemtionen, S. 492 f.; SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 608; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 345.

nität nach Art. 39 Abs. 2 WÜD kaum hilfreich ist³⁰¹. Beispiele für Amtshandlungen sind etwa das Führen von Vertragsverhandlungen oder politische Gespräche mit dem Gaststaat, das Ausstellen von Beglaubigungen oder Importgenehmigungen, die Teilnahme an einer Diskussionsveranstaltung über die politischen Verhältnisse im Entsendestaat oder die Eröffnung einer Fotoausstellung über den Entsendestaat, welche mit Unterstützung der Botschaft organisiert wurde. Eine Amtshandlung ist darüber hinaus wohl auch anzunehmen, wenn ein Diplomat auf einem Jagdausflug mit weiteren Diplomaten sowie Politikern des Gaststaats einem anderen Teilnehmer versehentlich eine Schussverletzung zufügt, da es zu den typischen diplomatischen Aufgaben gehört, an Veranstaltungen zur allgemeinen Kontaktpflege teilzunehmen, um im Gastland ein Beziehungsnetz zu schaffen³⁰². Der Kreis der Amtshandlungen ist, wie die angeführten Beispiele zeigen, nicht auf öffentlichrechtliche oder hoheitliche Handlungen beschränkt³⁰³.

Am andern Ende des Spektrums ist zu Recht unbestritten, dass Tätigkeiten, die der privaten Lebenssphäre der Diplomatin zuzuordnen sind und die sie als Privatperson ausübt, keine Diensthandlung im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD darstellen. Darunter fallen zum Beispiel in privater Funktion eingegangene Verpflichtungen für Ferienaufenthalte, Restaurantbesuche oder Freizeitbetätigungen oder die Haftung für Straftaten ohne sachlichen Bezug zur dienstlichen Funktion wie beispielsweise Ladendiebstähle, Verkehrsunfälle in der Freizeit oder die Beteiligung an einer Schlägerei nach einem Fussballspiel³⁰⁴. Überwiegend und überzeugend wird heute auch der Abschluss eines Mietvertrags für die private Unterkunft der Diplomaten nicht als dienstliche Handlung betrachtet, obwohl indirekt ein Bezug zur Dienstaussübung besteht³⁰⁵. Einigkeit herrscht dem

³⁰¹ KREIKER, Exemptionen, S. 488. Ähnlich auch LÜKE, Funktionsträger, S. 77, Fn. 176. Rolle und Relevanz von Art. 3 WÜD für die Bestimmung der Reichweite der diplomatischen Immunität sind umstritten; dazu eingehend KREIKER, a.a.O., S. 486–490. Der Autor nennt den Betrieb eines Reisebüros durch die Mission als Beispiel für eine Tätigkeit, die nicht mehr zu den Aufgaben einer diplomatischen Mission gehört und für die folglich keine diplomatische Immunität beansprucht werden kann (S. 489).

³⁰² In diesem Sinn SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 608; KREIKER versteht den Begriff der Amtshandlung etwas enger (Exemptionen, S. 498 ff.). Ungeachtet dieser begrifflichen Differenzen, ist der Jagdunfall nach Ansicht beider Autoren eine dienstliche Handlung im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD, da nach Kreiker der Begriff der dienstlichen Handlung weiter reicht als derjenige der Amtshandlung (S. 502 f.).

³⁰³ KREIKER, Exemptionen, S. 499.

³⁰⁴ Für weitere Beispiele und Hinweise auf die Praxis siehe SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 593 f.

³⁰⁵ WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 343; SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 597 m.H. auf die Praxis. Beim Wohnen überwiegt der Aspekt der privaten Lebensführung den Bezug zur Berufsausübung.

Grundsatz nach auch darüber, dass Gelegenheitshandlungen, also Handlungen die nur bei Gelegenheit der dienstlichen Tätigkeit begangen werden und keinen inneren sachlichen Zusammenhang damit aufweisen, nicht durch die funktionelle Immunität nach Art. 39 Abs. 2 WÜD gedeckt sind³⁰⁶.

Zwischen den Amtshandlungen, die eindeutig dienstliche Tätigkeiten im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD darstellen auf der einen Seite und den nicht dazu zählenden privaten Handlungen auf der andern Seite, liegt ein Graubereich. Uneins sind sich Praxis und Literatur namentlich in der Frage, ob Verkehrsdelikte, die auf der Hin- oder Rückfahrt von einer offiziellen Veranstaltung begangen werden, als dienstliche Tätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD zu werten sind³⁰⁷. Ebenso gehen die Meinungen darüber auseinander, wie weit im Einzelfall der Begriff der (privaten) Gelegenheitshandlung zu verstehen ist³⁰⁸.

Ob Handlungen in diesem Graubereich als Diensthandlungen eingestuft werden, hängt letztlich davon ab, welches Mass an Bezug zu den Amtshandlungen vorausgesetzt wird. Mit Blick auf die primären Funktionen der diplomatischen Immunität – die Sicherstellung der ungestörten Aufgabenerfüllung der Mission, die adäquate Abgrenzung zwischen der privaten und staatlichen Sphäre zum Schutz des Entsendestaats und der Diplomatinen – muss für die Annahme einer Diensthandlung entscheidend sein, dass die fragliche Tätigkeit einen (genügenden) *sachlichen* Zusammenhang mit einer Amtshandlung und der Berufsausübung des Missionspersonals aufweist, sodass sie als der staatlichen Sphäre zurechenbar erscheint und die Staatenverantwortlichkeit greift. Nach dem hier vertretenen Verständnis der Diensthandlung genügen diesen Anforderungen auch Tätigkeiten zur Vorbereitung von Amtshandlungen wie zum Beispiel Fahrten zum Ort, wo Amtshandlungen (z.B. ein politisches Gespräch) vorgenommen werden³⁰⁹ oder der Kauf eines Blumenstrausses, der an einem offiziellen Anlass übergeben werden soll³¹⁰. Ausschlaggebend ist, dass ohne solche Vorbereitungshandlungen die Amtshandlungen nicht wahrgenommen werden können und diese damit Teil der ungestörten Aufgabenerfüllung der Mission sind. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Missionspersonal Vorbe-

³⁰⁶ KREIKER, Exemtionen, S. 485 mit Beispielen; LÜKE, Funktionsträger, S. 78 m.H. auf die Praxis; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 345; vgl. auch die Beispiele bei SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 593, S. 445.

³⁰⁷ Eine Übersicht über die uneinheitliche Praxis bieten LÜKE, Funktionsträger, S. 79, Fn. 179 und SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 596.

³⁰⁸ Für Beispiele aus der Praxis siehe SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 593, S. 445 und Ziff. 599 f.

³⁰⁹ Zur Frage, welche Fahrten im Einzelnen Diensthandlungen darstellen: KREIKER, Exemtionen, S. 506 f.

³¹⁰ So auch KREIKER, Exemtionen, S. 500 ff., insb. 503.

reitungshandlungen nicht als Privatperson, sondern in seiner Dienstfunktion für den Entsendestaat erfüllt und diese folglich dem Staat zuzurechnen sind. Dagegen reicht ein rein örtlicher und zeitlicher Bezug zur Tätigkeit an der Mission (Vornahme in der Mission und während der Dienstzeit) für die Annahme einer Diensttätigkeit nicht aus³¹¹. Der Diplomat, der seine Ehefrau aufgrund langjähriger Beziehungsprobleme während den Bürozeiten in der Mission erschießt, genießt – mangels eines sachlichen Zusammenhangs mit seiner Diensttätigkeit – dafür keine Immunität *ratione materiae* nach Art. 39 Abs. 2 WÜD.

Tätigkeiten, die ein Missionsangestellter auf Anweisung des Entsendelands ausübt, sind in der Regel als dienstlich zu betrachten³¹². Sie können nicht der privaten Lebenssphäre des Angestellten zugeordnet werden, da er sie für den Entsendestaat vornimmt, welcher dafür grundsätzlich die Verantwortung zu tragen hat.

Ein Akt, der einen genügenden Sachzusammenhang mit einer Amtshandlung aufweist und mittelbar ihrer Erfüllung dient, verliert den Charakter als Diensttätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD nach überwiegender Auffassung nicht, weil er rechtswidrig ist oder der Diplomat seine Kompetenzen überschritten hat (*Ultra-vires*-Handlungen)³¹³. Dies wird damit begründet, dass Immunität bloss für rechtmässiges Handeln nicht relevant wäre und daher

³¹¹ KREIKER, Exemtionen, S. 485 und SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 611, 613 und 619.

³¹² Vgl. BVerfGE 96, 68 (81) und SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 619, S. 476. A.A. DENZA, Commentary, S. 443 und 448.

³¹³ Vgl. SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 609 f. und die Hinweise auf die (uneinheitliche) Praxis in Ziff. 598; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 345; LÜKE, Funktions-träger, S. 77; KREIKER, Exemtionen, S. 482 f. So dem Grundsatz nach – nicht aber für Völkerrechtsverbrechen – wohl auch DENZA, Commentary, S. 448. Wenn der Portier (oder ein Diplomat) einer Botschaft eine unerwünschte Besucherin vom Gelände führen will und dabei Gewalt anwendet, liegt eine Diensthandlung vor. Es besteht ein klarer sachlicher Bezug zur dienstlichen Funktion, da es dem Portier obliegt den Einlass von Besucherinnen zu kontrollieren und Diplomatinen darüber bestimmen, wem das Hausrecht gewährt werden soll. So auch SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 609, S. 467. Gleich verhält es sich m.E. wenn ein Diplomat zur persönlichen Bereicherung für eine dienstliche Tätigkeit (z.B. Verlängerung eines Passes) nicht vorgesehene Geldleistungen verlangt. Obschon diese Tat aus einer persönlichen Bereicherungsabsicht erfolgt, steht sie in unmittelbarem Bezug zur dienstlichen Tätigkeit und der Diplomat kann die unrechtmässige Geldleistung nur aufgrund seiner Funktion einfordern. Dagegen ist von einer Gelegenheitshandlung auszugehen, die nicht durch die funktionelle Immunität nach Art. 39 Abs. 2 WÜD gedeckt ist, wenn ein Diplomat bei einem dienstlichen Gespräch eine andere Person sexuell nötigt. Hier fehlt ein Bezug zur dienstlichen Tätigkeit, er könnte sich auch in jeder anderen Gesprächssituation analog verhalten. So im Ergebnis auch KREIKER, Exemtionen, S. 485; siehe die Praxisbelege bei SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 593.

kaum Sinn macht³¹⁴. Soweit fraglich ist, ob eine Straftat oder eine kompetenzwidrige Handlung einen (genügenden) sachlichen Bezug zur Diensttätigkeit aufweist, kann in schwierigen Grenzfällen unter Umständen die Motivation der Akteurin die Abgrenzung erleichtern: Verfolgt die Diplomatin mit einer Aktivität persönliche Zwecke, spricht dies eher für eine (private) Gelegenheitshandlung³¹⁵ ohne sachlichen Bezug zur Diensttätigkeit, will sie damit dienstliche Aufgaben befördern für eine Diensthandlung. Es ist im Einzelfall eine wertende Beurteilung der gesamten Umstände vorzunehmen. Die «dienstliche Tätigkeit» im diplomatischen Recht (insb. Art. 37 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 WÜD) ist nach der hier vertretenen Auffassung möglichst übereinstimmend auszulegen mit dem Begriff der dem Staat zurechenbaren Handlung im Staatenverantwortlichkeitsrecht und im Staatenimmunitätsrecht (soweit Angestellte der Zentralverwaltung betreffend)³¹⁶.

Im Ergebnis erfasst nach der hier vertretenen Auffassung der Begriff der dienstlichen Tätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD jene Handlungen, die – auf der Basis einer wertenden Gesamtbetrachtung im Einzelfall – von einem Mitglied einer diplomatischen Mission in seiner Funktion als Angestellter zur Erfüllung der Aufgaben der diplomatischen Mission vorgenommen werden und nicht seiner privaten Lebenssphäre zuzurechnen sind. Neben den Amtshandlungen, die unmittelbar der Erfüllung diplomatischer Aufgaben im Sinn von Art. 3 WÜD dienen, fallen darunter auch Tätigkeiten zur Vorbereitung derselben, soweit sie in einem direkten Sachbezug dazu stehen. Der Begriff der Diensthandlung nach Art. 39 Abs. 2 WÜD und damit die funktionelle Immunität erstreckt sich – anders als die Staatenimmunität – sowohl auf hoheitliche als auf nicht hoheitliche Tätigkeiten. Die Rechts- oder Kompetenzwidrigkeit ändert nichts am dienstlichen Charakter einer Handlung.

Die vorangehenden, am Zweck der diplomatischen Immunität orientierten, Überlegungen zum Begriff der dienstlichen Tätigkeit nach Art. 39 Abs. 2 WÜD gelten im Wesentlichen auch für die funktionelle Zivil- und Verwaltungsgewaltimmunität des administrativen und technischen Personals während der Dienstzeit gemäss Art. 37 Abs. 2 WÜD. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dem Begriff der Diensthandlung und damit auch der Immunität *ratione materiae* nach beiden Bestimmungen grundsätzlich die gleiche Reichweite bei-

³¹⁴ BVerfGE 96, 68 (80 f.); WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 345; KREIKER, Exemtionen, S. 483.

³¹⁵ Siehe dazu die Beispiele aus der Praxis bei SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 593.

³¹⁶ Vgl. ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 2 lit. a, Art. 4 und Art. 7 samt Erläuterungen sowie Art. 2 Abs. 1 lit. b/iv UNCSI. Siehe für die Begründung S. 110 f. und 37 ff.

zumessen. Namentlich ist aufgrund des abweichenden englischen Wortlauts von Art. 37 Abs. 2 WÜD nicht auf einen grösseren Umfang der Immunität *ratione materiae* für das administrative und technische Personal zu schliessen³¹⁷. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass dieses gewöhnlich keine (unmittelbar) diplomatischen Aufgaben im Sinn von Art. 3 WÜD wahrnimmt³¹⁸. Eine dienstliche Tätigkeit liegt bei den administrativen und technischen Angestellten vor, wenn sie Handlungen für die Mission erbringen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der Vornahme von Amtshandlungen im Sinn von Art. 3 WÜD stehen (z.B. Korrespondenz), diese mittelbar befördern (z.B. Buchhaltung) oder jedenfalls der Aufrechterhaltung des Missionsbetriebs dienen. In der Regel ist von einer Diensttätigkeit auszugehen, wenn das administrative und technische Personal Aufgaben gemäss seinem Pflichtenheft erbringt. Eine Diensttätigkeit kann aber auch vorliegen, wenn eine administrative oder technische Angestellte – in Überschreitung der Kompetenzen oder auf Anweisung – andere Aufgaben (für die Mission) wahrnimmt, die jedenfalls mittelbar der Erfüllung diplomatischer Aufgaben gemäss Art. 3 WÜD oder dem Missionsbetrieb dienen.

IV. Ausbeutung von Hauspersonal als private oder dienstliche Handlung?

Diplomaten, der Kanzleichef mit konsularischem Status sowie das administrative und technische Personal geniessen nach dem Gesagten nach Beendigung ihrer Tätigkeit im Gastland nur noch eine funktionelle Immunität für dienstliche Handlungen (Art. 39 Abs. 2 WÜD, Art. 53 Abs. 4 WÜK). Auch im Dienst steht zudem dem Kanzleichef mit konsularischem Status nur eine funktionelle Immunität von der Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zu (Art. 43 Abs. 1 WÜK) und die Immunität des administrativen und technischen Personals von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ebenfalls auf Diensthandlungen beschränkt (Art. 37 Abs. 2 WÜD). Ob Rechtsverletzungen der vorgenannten Personen gegenüber dienstlichen und privaten Hausangestellten als dienstliche Tätigkeiten zu qualifizieren sind, lässt sich nicht pauschal mit ja oder nein beantworten. Es ist wie folgt zu differenzieren:

³¹⁷ Dazu S. 105 f.

³¹⁸ Vgl. dazu auch SALMON, *Droit diplomatique*, Ziff. 608.

1. Ausbeutung des Hauspersonals von Diplomatinen

Die Beschäftigung privater Hausbediensteter im eigenen Heim ist – analog der Anmietung der Wohnung – der privaten Lebenssphäre der Diplomatinen, des administrativen und technischen Personals oder des Kanzleichefs mit konsularischem Status zuzurechnen, da der sachliche Bezug zur dienstlichen Aufgabenerfüllung zu schwach ist³¹⁹. Folglich stellt auch die zivil- und strafrechtlich relevante Ausbeutung des privaten Hauspersonals eine private und keine dienstliche Tätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 2 WÜD oder Art. 43 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 4 WÜK dar.

Das Prinzip, dass ausbeuterisches Verhalten gegenüber dem privaten Hauspersonal nicht dem Entsendestaats zuzurechnen ist, kann sich allerdings bei den Missionschefs als zu undifferenziert erweisen. Diese veranstalten in ihrer Residenz oft Anlässe wie beispielsweise Arbeitsessen und Einladungen, die unmittelbar dienstlichen Zwecken oder jedenfalls der Beziehungspflege im Interesse des Entsendelands und nicht ihrem privaten Vergnügen dienen. Die in der Residenz beschäftigten Hausangestellten wirken auch an solchen Anlässen mit (kochen, Service etc.) und nehmen somit indirekt ebenfalls Aufgaben für den Entsendestaat wahr. Darüber hinaus wird privates Hauspersonal oft auch für Anlässe in der Mission eingesetzt (z.B. Service bei Einladungen). Betrifft ausbeuterisches Verhalten Dienstanlässe (z.B. unbezahlte Überstunden für dienstliche Einladungen, physischer Übergriff auf den Koch, weil der Missionschef mit dem Essen für einen Dienstanlass unzufrieden ist), erweist es sich als sachgerecht, die entsprechenden Verstöße dem Entsendeland zuzurechnen und eine Zivilklage gegen dieses zuzulassen. Mit anderen Worten ist bei den privaten Hausbediensteten der Missionschefinnen grundsätzlich im Einzelfall zu entscheiden, ob die konkreten Umstände der Ausbeutung ihre Zurechnung zum Entsendestaat rechtfertigen. Die Abgrenzung ist nicht immer einfach. Beispielsweise können unbezahlte Überstunden sowohl auf rein private Tätigkeiten für die Missionschefin (z.B. Kinder hüten) als auch auf Arbeitseinsätze an dienstlichen Veranstaltungen (Arbeitsessen etc.) zurückzuführen sein. In derartigen Konstellationen ist zu beurteilen, ob die Überstunden überwiegend für die Missionschefin als Privatperson geleistet wurden oder für Anlässe erfolgten, welche diese in ihrer dienstlichen Funktion wahrgenommen hat.

³¹⁹ Swarna v. Al-Awadi, 622 F. 3d 123 (2nd Cir. 2010), S. 137 ff. Das ergibt sich implizit z.B. auch aus BGer 4A_26/2011 vom 20.9.2011. Weitere Belege bei FOX/WEBB, State Immunity, S. 586, Fn. 95. Siehe aber zur besonderen Konstellation, dass Hauspersonal in der Residenz der Missionschefs vom Entsendestaat angestellt ist, S. 12.

2. Ausbeutung des Hauspersonals der Mission

An anderer Stelle wurde dargelegt, dass in erster Linie Diplomaten (Missionschef, weitere Diplomaten) sowie die Kanzleichefin, die eine Diplomatin oder eine konsularische Angestellte ist, Urheber ausbeuterischen Verhaltens gegenüber Hausangestellten der Mission sind³²⁰. Daneben können Rechtsverstösse mitunter auch von administrativen und technischen Missionsangestellten ausgehen. Massgeblich ist nach dem Gesagten für die Unterscheidung zwischen dienstlichem und privatem ausbeuterischen Verhalten, ob das rechtswidrige Verhalten gegenüber den Hausangestellten der Mission einen genügenden sachlichen Bezug zur Wahrnehmung dienstlicher Aufgaben aufweist. Nicht entscheidend ist dagegen, ob die Urheberin oder der Urheber gegenüber den dienstlichen Hausangestellten offiziell weisungsbefugt ist oder ihnen gegenüber eine direkte Vorgesetztenfunktion erfüllt. Bei Diplomaten ist eine dienstliche Tätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD daher allgemein formuliert zu bejahen, wenn sie Rechtsverstösse gegenüber dem Hauspersonal im Zusammenhang mit der Erledigung dienstlicher Aufgaben begehen und gegebenenfalls ihre Weisungsbefugnis und Vorgesetztenfunktion gegenüber dem Hauspersonal missbräuchlich, aber zwecks Erfüllung der dienstlichen Aufgaben für den Entsendestaat ausüben. Keine Diensthandlung gemäss Art. 39 Abs. 2 WÜD liegt hingegen vor, wenn der sachliche Bezug zu den dienstlichen Aufgaben und der Vorgesetztenfunktion stark zurücktritt und der Diplomat weniger in seiner beruflichen Rolle, sondern als Privatperson bei Gelegenheit der Ausübung dienstlicher Pflichten (zur Befriedigung persönlicher Motive) ausbeuterisch agiert. Gleiches gilt grundsätzlich für die Handlungen einer Kanzleichefin in Bezug auf Art. 43 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 4 WÜK sowie der administrativen oder technischen Angestellten im Rahmen von Art. 37 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 WÜD.

Die Unterscheidung soll anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden: Wenn ein Missionschef eine dienstliche Hausangestellte ausbeutet, indem er sie beispielsweise dazu zwingt, täglich 12 Stunden zu arbeiten, ihr keine Freizeit gewährt, regelmässig sehr harsch mit ihr umgeht, sie beleidigt und anschreit oder sogar schlägt, um sie anzuhalten, mehr und schneller zu arbeiten, indem er ihr aus demselben Grund den Pass wegnimmt und das Verlassen der Botschaft ohne Erlaubnis verbietet, ihr keinen oder zu wenig Lohn bezahlt oder die geleisteten Überstunden nicht vergütet, eine ungerechtfertigte Kündigung ausspricht, und – soweit im Vertrag Kost und Logis in der Mission vorgesehen sind – nur eine unzumutbare Schlafgelegenheit und unzureichende Mahlzeiten zur Verfügung stellt, übt er dienstliche Aufgaben aus, wenn auch rechtswidrig, kompe-

³²⁰ Siehe S. 18 f.

tenzüberschreitend und unprofessionell. Er begeht die geschilderten Handlungen nicht als Privatperson oder bei Gelegenheit der Dienstleistung, sondern *zur* Dienstaufübung und in seiner Vorgesetztenfunktion für den Entsendestaat. Folglich ist ein (genügender) sachlicher Bezug zur Dienstleistung zu bejahen. Bei Diplomatinen und Diplomaten, die nicht direkt mit Führungsaufgaben gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal betraut sind, ist primär entscheidend, ob die Rechtsverletzungen gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal im Zusammenhang mit ihrer dienstlichen Aufgabenerfüllung stehen. Beschimpft oder beleidigt ein Diplomat beispielsweise den Chauffeur oder wird er ihm gegenüber tätlich, weil sie aufgrund des stockenden Verkehrs oder eines Unfalls nicht rechtzeitig zu einem Dienstanlass gelangen oder verhält er sich auf diese Weise gegenüber einer Hausangestellten, die an einem offiziellen Missionsanlass einem Gast aus Versehen Wein über die Kleidung verschüttet hat, steht sein Verhalten in einem sachlichen Zusammenhang mit seinen Dienstaufgaben. Ebenso verhält es sich, wenn ein Diplomat, dessen Aufgabe es ist, die Lohnzahlungen an die Hausangestellten vorzunehmen, aus einer persönlichen Bereicherungsabsicht heraus zu wenig Lohn überweist. Trotz der privaten Motivation ist meines Erachtens ein genügender Bezug zur Dienstleistung zu bejahen, da die Lohnzahlung zu seinem Aufgabenbereich gehört. Keine dienstliche Tätigkeit im Sinn von Art. 39 Abs. 2 WÜD liegt dagegen in der Regel vor, wenn etwa ein Diplomat – mit oder ohne direkten Führungsaufgaben gegenüber den Hausbediensteten – eine dienstliche Hausangestellte zwecks Befriedigung des Sexual- und Gewalttriebs vergewaltigt oder sie sexuell nötigt oder einen Hausangestellten aus privaten Motiven (z.B. Eifersucht) während der Arbeitszeit auf dem Missionsgelände verprügelt. In solchen Konstellationen fehlt ein genügender Sachbezug zur dienstlichen Tätigkeit. Allerdings sind die konkreten Umstände des Einzelfalls entscheidend.

Bei technischen Angestellten liegt beispielsweise eine dienstliche Handlung vor, wenn sie einen Hausbediensteten anhalten, ihnen bei der Verrichtung einer bestimmten Arbeit zu helfen – unbesehen davon, ob sie das überhaupt dürfen – sie mit seiner Leistung unzufrieden sind und ihn deshalb beleidigen und ihm gegenüber tätlich werden. Eine dienstliche Handlung ist etwa auch gegeben, wenn eine Sekretärin die Putzfrau schikaniert und beleidigt oder ihr gegenüber gar tätlich wird, weil sie mit der Büroreinigung unzufrieden ist. Gleiches gilt, wenn sie die Putzfrau – allenfalls in Überschreitung ihrer Kompetenzen – regelmäßig dazu anhält, bestimmte (an sich ihr selber obliegende) Einkäufe, in der Freizeit zu erledigen, ohne dass die Putzfrau dafür bezahlt wird. Werden hingegen administrative oder technische Angestellte aus persönlichen Motiven, etwa politischen Meinungsunterschieden, gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal während der Arbeitszeit auf dem Missionsgelände gewalttätig, ist man-

gels Bezug zum dienstlichen Aufgabenkreis insoweit von einer Privathandlung auszugehen.

Dienstliche Handlungen der Angestellten sind den Staaten nach den internationalen und nationalen Regeln der Staatenverantwortlichkeit zuzurechnen, sodass sie den Betroffenen grundsätzlich dafür haften. Folglich können diese für solche Rechtsverstöße den Entsendestaat zivilrechtlich in die Pflicht nehmen³²¹.

³²¹ Für weiterführende Darlegungen zur Zurechenbarkeit siehe S. 37 ff.

§ 13

Vorrechte und Immunitäten und gerichtlicher Rechtsschutz des Hauspersonals

I. Gerichtlicher Rechtsschutz im Entsendestaat

Vorrechte und Immunitäten stehen dem Missionspersonal nur im Gaststaat zu³²². Privates und dienstliches Hauspersonal kann daher im Entsendestaat grundsätzlich jederzeit gerichtlich gegen die für die Ausbeutung verantwortlichen Diplomaten und das weitere Missionspersonal vorgehen. Dass im Entsendestaat Straf- und Zivilverfahren gegen fehlbares Missionspersonal durchgeführt werden können, stellt für Hausangestellte – insbesondere solche aus Drittstaaten – aufgrund praktischer Hindernisse (Sprachprobleme, Unkenntnis des Rechtssystems, hohe Reisekosten) oder mangels Rechtsstaatlichkeit im Entsendestaat oft aber keine reale und erfolgversprechende Alternative dar. Eine valable Option kann der dortige Rechtsschutz aber allenfalls für Hausangestellte aus dem Entsendestaat sein, die eine enge Beziehung zu ihm aufrechterhalten und nur für kürzere Zeit im Gaststaat arbeiten. Dies gilt jedoch nur, wenn und soweit eine funktionierende und unabhängige Justiz besteht.

II. Gerichtlicher Rechtsschutz im Gaststaat während des Diensts der Diplomaten

Solange Diplomaten, administrative und technische Missionsangestellte und der Kanzleichef mit konsularischem Status im Gaststaat Dienst tun, wirken sich ihre Immunitäten und weiteren Vorrechte – sofern der Entsendestaat nicht darauf verzichtet – wie folgt auf den Rechtsschutz des privaten und dienstlichen Hauspersonals aus:

1. Strafrechtsschutz

Private und dienstliche Hausangestellte, die an ihrem Arbeitsplatz Opfer von Straftaten wie etwa Wucher³²³, Körperverletzung, Nötigung oder Vergewaltigung

³²² Siehe z.B. Art. 31 Abs. 1 WÜD.

³²³ Diesen Tatbestand erachtete das BGer (BGE 130 IV 106) als gegeben bei einem Arbeit-

gung werden, haben im Gaststaat (Schweiz) – selbst bei schwersten Verbrechen – keine Möglichkeit, die Durchführung eines Strafverfahrens gegen die fehlbaren Diplomatinen und ihre Familienangehörigen sowie grundsätzlich auch nicht gegen Täter aus den Reihen der administrativen und technischen Missionsangestellten zu erwirken. Diese Personen sind, wie vorangehend dargelegt wurde, während ihres Diensts im Gaststaat absolut (Immunität *ratione personae*) von der Strafgerichtsbarkeit befreit (Art. 31 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 1 WÜD).

Einzig gegenüber dem administrativen und technischen Missionspersonal, welches das Schweizer Bürgerrecht besitzt oder hier ständigen Aufenthalt hat, ist der Rechtsschutz nicht eingeschränkt, da sie in der Schweiz keine Immunität und Vorrechte geniessen³²⁴. Zudem kann gegen den Kanzleichef mit konsularischem Status bereits während seines Diensts im Gaststaat ein Strafverfahren eingeleitet werden wegen Verhalten, das als private Tätigkeit zu qualifizieren ist, da er auch im Dienst nur eine funktionelle Immunität geniesst.

2. Zivilrechtsschutz

a) Zivilrechtsschutz gegen diplomatisches Personal

Private und dienstliche Hausangestellte können aufgrund der umfassenden Zivilgerichtsbarkeitsimmunität (*ratione personae*) kein Zivilurteil gegen Diplomatinen und ihre Familienangehörigen erwirken, solange Erstere hier im Dienst sind. *Privates Hauspersonal* verfügt demnach im Gaststaat insoweit über keinen Zivilrechtsschutz, da ein zivilrechtliches Vorgehen gegen den Entsendestaat mangels Zurechenbarkeit der ihnen gegenüber begangenen Rechtsverstösse ausgeschlossen ist³²⁵.

Das *dienstliche Hauspersonal* hat im Gaststaat die Möglichkeit, den Entsendestaat zivilrechtlich zu verklagen, soweit ausbeuterisches Verhalten von Diplomatinen als *Diensthandlung* einzustufen und folglich dem Entsendestaat zurechenbar ist³²⁶. Der Zivilrechtsschutz gegen den Entsendestaat ist allerdings

geber, der seiner Hausangestellten für einen wöchentlichen Arbeitseinsatz von 50 Stunden Fr. 300 Monatslohn plus Kost und Unterkunft zahlte.

³²⁴ Art. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 2 WÜD. Eingeschränkt ist auch die Immunität des diplomatischen Personals, das ständigen Aufenthalt im Gaststaat hat oder dessen Staatsangehörigkeit besitzt (Art. 38 Abs. 1 WÜD). Praktisch ist diese Konstellation in der Schweiz aber kaum relevant. Zur weitgehend ungeklärten und umstrittenen Frage, ob insoweit für dienstliche Handlungen die subsidiäre Anwendung der Amtsträgerimmunität in Betracht kommt, siehe S. 31, Fn. 59.

³²⁵ Vgl. dazu aus der Praxis CAPH, 21.2.2007, C/2083/2005–5, E. 2.

³²⁶ Siehe S. 120.

durch die Staatenimmunität eingeschränkt³²⁷. Konkret können Hausangestellte von Missionen zwar ein Zivilurteil erwirken (keine Gerichtsbarkeitsimmunität des Entsendestaats), aufgrund der staatlichen Vollstreckungsimmunität haben sie aber keine Aussicht, dieses im Gastland gegen den Willen des Entsendelands zu vollstrecken. Steht dagegen *privates Handeln* in Frage, verfügt auch das Hauspersonal der Missionen im Gaststaat grundsätzlich über keinen Zivilrechtsschutz, da gegen die Diplomaten wegen der umfassenden diplomatischen Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit kein Urteil erwirkt und der Entsendestaat dafür grundsätzlich nicht belangt werden kann³²⁸.

b) Zivilrechtsschutz gegen das administrative und technische Missionspersonal und den Kanzleichef mit konsularischem Status

Der zivilrechtliche Rechtsschutz des *privaten Hauspersonals* gegenüber den administrativen und technischen Missionsangestellten sowie der Kanzleichefin mit konsularischem Status erfährt im Gaststaat durch die lediglich funktionelle Immunität keine Einschränkung (Art. 37 Abs. 2 WÜD, Art. 43 Abs. 1 WÜK): Die Beschäftigung (und Ausbeutung) des Hauspersonals in der eigenen Wohnung wird der privaten Lebenssphäre zugerechnet und stellt folglich keine durch die Immunität geschützte Diensthandlung dar.

Verhalten sich administrative und technische Missionsangestellte oder der Kanzleichef mit konsularischem Status ausbeuterisch gegenüber dem *dienstlichen Hauspersonal der Mission* (z.B. Beleidigungen, Mobbing, Gewalt) ist bezüglich des Rechtsschutzes wiederum zwischen dienstlichem und privatem ausbeuterischen Verhalten zu differenzieren: Weist das ausbeuterische Verhalten einen sachlichen Bezug zu ihren dienstlichen Aufgaben auf und nehmen sie es in Hinblick auf die Erfüllung derselben für den Entsendestaat vor (z.B. schikanöse Arbeitsaufträge, Nichtwährung der Ruhezeiten), liegt eine *dienstliche Tätigkeit* vor, für die administrative und technische Angestellte sowie der Kanzleichef mit konsularischem Status gemäss Art. 37 Abs. 2 WÜD beziehungsweise Art. 43 Abs. 1 WÜK während ihres Diensts im Gaststaat Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit geniessen. Insoweit kann aber zivilrechtlich gegen den Entsendestaat vorgegangen werden, da er für die Diensthandlungen seiner

³²⁷ Die Auswirkungen der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals sind Gegenstand von Teil 2.

³²⁸ Hiervon gilt jedoch insoweit eine Ausnahme, als der Entsendestaat von der Ausbeutung des dienstlichen Hauspersonals (durch seine Diplomaten oder deren Familienangehörige) wusste oder hätte wissen müssen: Diesfalls kann wiederum der Staat zivilrechtlich verklagt werden, da er für zu Unrecht unterlassene Schutzmassnahmen haftet.

Angestellten haftet³²⁹. Die Vollstreckungsimmunität des Entsendestaats verunmöglicht es indes weitgehend, ein gegen ihn im Gastland erwirktes Urteil zu vollstrecken³³⁰. Verhalten sich administrative und technische Missionsangestellte dagegen in der Freizeit oder lediglich bei Gelegenheit ihrer Dienstausbübung ausbeuterisch gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal (z.B. Gewaltanwendung aus Eifersucht, wiederholte Beleidigungen wegen abweichender politischer Überzeugungen), können sie dafür im Gaststaat zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, da sich die Immunität *ratione materiae* von der Zivilgerichtsbarkeit nicht auf *privates Handeln* erstreckt.

III. Gerichtlicher Rechtsschutz im Gaststaat nach Dienstende der Diplomaten

Der Nutzen des Rechtsschutzes nach Dienstende des fehlbaren Missionspersonals ist insgesamt stark zu relativieren: Insbesondere die verantwortlichen Diplominnen und Diplomaten halten sich in diesem Zeitpunkt in der Regel nicht mehr im Gaststaat auf und werden sich bei einem drohenden Verfahren vor einer Rückkehr hüten. Die Voraussetzungen für ein Strafverfahren in Abwesenheit der beschuldigten Person dürften³³¹ regelmässig nicht gegeben sein, da diese nicht einvernommen werden kann³³². Ein Zivilurteil kann zwar auch in Abwesenheit der beklagten Person ergehen³³³. Allerdings bestehen – soweit die Bedienstete die Ausbeutung beweisen kann – diesfalls kaum reelle Chancen auf eine Vollstreckung³³⁴. Abgesehen von diesem grundsätzlichen Vorbehalt gilt bezüglich des nachträglichen Rechtsschutzes Folgendes:

Die Immunität der Diplomaten, des administrativen und technischen Personals und der Kanzleichefin mit konsularischem Status ist nach Beendigung ihrer Diensttätigkeit im Gaststaat auf dienstliche Tätigkeiten beschränkt (Art. 39 Abs. 2 WÜD, Art. 53 Abs. 4 WÜK). Für die im Dienst begangenen privaten Handlungen – wozu nach dem Gesagten auch die Beschäftigung und Ausbeu-

³²⁹ Dazu S. 120.

³³⁰ Die Wirkungen der Staatenimmunität auf den Rechtsschutz werden in Teil 2 erörtert.

³³¹ So im Ergebnis auch KRAEGE, Sonderregelungen, Ziff. 5.89 f.

³³² Vgl. Art. 366 Abs. 4 StPO. Allerdings kann bereits die Einleitung eines Strafverfahrens und v.a. die Ausstellung eines internationalen Haftbefehls die mutmasslich fehlbare Diplomatin empfindlich treffen. Kann sie doch nicht mehr ins Ausland reisen, wenn sie einer Festnahme entgehen will.

³³³ Vgl. Art. 147 und Art. 234 ZPO. Zur Säumnis und beweisrechtlichen Aspekten in arbeitsrechtlichen Verfahren in der Schweiz siehe PATRICIA DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Basel 2011, S. 267 ff.

³³⁴ So auch KRAEGE, Sonderregelungen, Rz. 5.90.

tung von *privaten Hausbediensteten* gehört³³⁵ – können sie hier demnach grundsätzlich uneingeschränkt zivil- und strafrechtlich belangt werden.

Beim *dienstlichen Hauspersonal* ergeben sich beim nachträglichen Rechtsschutz Unterschiede zwischen dienstlichem und privatem ausbeuterischem Verhalten. Es kann nach Dienstende grundsätzlich ohne Einschränkung zivil- und strafrechtlich gegen Diplomaten, einen Kanzleichef mit konsularischem Status und die administrativen und technischen Angestellten vorgehen, soweit das rechtswidrige Verhalten als private Handlung zu qualifizieren ist. Ein bedeutender Teil von Rechtsverstößen gegenüber Hausangestellten der Mission am Arbeitsplatz ist jedoch den dienstlichen Tätigkeiten zuzuordnen³³⁶, für welche die Immunität auch nach Dienstende fortbesteht (Immunität *ratione materiae*). Das bedeutet, dass im Gaststaat insoweit keine Zivil- und Strafverfahren gegen die verantwortlichen Diplomatinen, eine Kanzleichefin mit konsularischem Status und die administrativen und technischen Angestellten durchgeführt werden können. Allerdings kann das Hauspersonal der Vertretung in Bezug auf Diensthandlungen im Gastland (schon während der Dienstdauer des verantwortlichen Missionspersonals) den Entsendestaat zivilrechtlich verklagen, wobei der Rechtsschutz allerdings durch die Staatenimmunität eingeschränkt wird (dazu Teil 2).

IV. Beweisprobleme und Vollstreckung

Es sind nicht allein die Immunitäten, die sich nachteilig auf den Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten auswirken. Selbst wenn im Einzelfall keine Gerichtsbarkeitsimmunität beansprucht werden kann oder der Entsendestaat ausnahmsweise auf die Gerichtsbarkeitsimmunität der Diplomatinen oder des administrativen und technischen Personals verzichtet und ein Zivil- oder Strafverfahren im Gaststaat durchgeführt werden kann, zieht das diplomatische Recht weitere Schwierigkeiten für Hausbedienstete nach sich³³⁷. Weil Diplomatinen, ihre Familienangehörigen sowie das administrative und technische Missionspersonal von der Pflicht befreit sind, als Zeuginnen oder Zeugen auszusagen, können sich Beweisprobleme ergeben, wenn der Entsendestaat diejenigen geschützten Personen, die relevante Aussagen zum

³³⁵ Einzig die Ausbeutung der privaten Hausangestellten in der Residenz der Missionschefs ist in bestimmten Situationen als dienstliche Handlung zu qualifizieren. Dazu S. 117.

³³⁶ Dazu S. 118 ff.

³³⁷ Für eine vertiefte Erörterung der aus dem diplomatischen Recht resultierenden beweisrechtlichen Schwierigkeiten siehe S. 265 ff.

Geschehen machen können, nicht zur Aussage ermächtigt³³⁸. Die Beweisprobleme werden weiter dadurch verstärkt, dass relevante Dokumente nicht beschafft werden können, da die Korrespondenz der Mission und der Diplomatinen unverletzlich ist und folglich nur unter Mithilfe des Entsendelands beziehungsweise aufgrund seines Verzichts auf die Unverletzlichkeit der Privatwohnung, des Eigentums und der Korrespondenz des diplomatischen Mitarbeiters gemäss Art. 30 WÜD beschafft werden können³³⁹.

Schliesslich kann ein Urteil gegen Diplomatinen, ihre Familienangehörigen und – soweit die Immunität reicht – gegen administratives und technisches Personal nur vollstreckt werden, wenn der Entsendestaat auch die Vollstreckungsimmunität aufhebt. Denn der Verzicht auf die Gerichtsbarkeitsimmunität gilt nicht als Verzicht auf die Immunität von der Urteilsvollstreckung³⁴⁰. Liegt ein solcher Verzicht vor, kann jedenfalls in Bankkonten und anderes ausserhalb der Wohnung gelegenes Eigentum der Diplomatin oder ihrer Familienangehörigen vollstreckt werden (z.B. das Auto). Dagegen ergibt sich aus dem WÜD und den einschlägigen Kommentaren nicht klar, ob auch im Fall eines Verzichts auf die Vollstreckungsimmunität Massnahmen gegen das in der Residenz des Diplomaten gelegene Eigentum ausgeschlossen sind (vgl. Art. 31 Abs. 3 WÜD). Das ist wohl zu bejahen, sofern der Entsendestaat nicht explizit auf die Unverletzlichkeit der Residenz verzichtet.

Beweis- und Vollstreckungsprobleme bestehen im Gaststaat auch bei ausbeuterischem Verhalten, das als Diensthandlung zu qualifizieren ist und in Bezug auf welches im Gastland grundsätzlich ein Zivilurteil gegen den Entsendestaat erwirkt werden kann.

³³⁸ Art. 31 Abs. 2 sowie Art. 37 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 31 Abs. 2 WÜD. Siehe im Einzelnen KREIKER, Exemptionen, S. 399 und DENZA, Commentary, S. 316 f.

³³⁹ RICHTSTEIG, Kommentierung, S. 70.

³⁴⁰ Art. 32 Abs. 4 WÜD. Umstritten ist, ob diese Bestimmung für Strafverfahren gilt und folglich ein separater Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität nur für Zivil- und Verwaltungsverfahren oder auch für Strafverfahren erforderlich ist. Nach KREIKER ist für die Vollstreckung eines Strafurteils kein gesonderter Verzicht nötig (Exemptionen, S. 548). A.A. DENZA, Commentary, S. 345.

§ 14

Polizeiliche Gefahrenabwehr und Reaktion des Gaststaats auf Rechtsbrüche des Entsendelands und seiner Diplomaten

Die diplomatischen Immunitäten und Vorrechte wirken sich nicht nur nachteilig auf den gerichtlichen Rechtsschutz des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat aus. Vor allem die Unverletzlichkeit der Mission und die persönliche Unverletzlichkeit der geschützten Individuen erschweren auch unabhängig von Gerichtsverfahren die polizeiliche Gefahrenabwehr.

I. Präventive Gefahrenabwehr gegen Diplomaten und weitere geschützte Personen

Der IGH hat im Urteil zum Teheraner Geiselfall ausdrücklich die Möglichkeit vorbehalten, dass sich der Gaststaat über die Unverletzlichkeit der Diplomaten hinwegsetzen darf, um sie an der Begehung eines Verbrechens zu hindern, wenn gleich das WÜD dies nicht ausdrücklich vorsieht³⁴¹. Es ist denn auch völkerge-
wohnheitsrechtlich anerkannt, dass die Unverletzlichkeit von Diplomatinen das Selbstverteidigungsrecht bedrohter Personen nicht einschränkt und Erstere zudem zur Verhinderung einer Straftat kurz (präventiv) festgenommen werden dürfen³⁴². Gleiches muss für die weiteren geschützten Personen und insbeson-
dere das administrative und technische Personal gelten.

Eine Diplomatin, die auf offener Strasse ihre Hausangestellte physisch mal-
trätiiert oder durch die Unverletzlichkeit geschützte Missionsangestellte, welche
eine Hausangestellte ihrer Freiheit berauben und ins Ausland zu bringen versu-
chen, dürfen demnach durch die Polizei an der Ausführung der Tat gehindert
und zu diesem Zweck soweit nötig kurz festgenommen werden.

³⁴¹ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980, S. 3, Ziff. 86.

³⁴² ILC, Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with a Commentary, in YBILC 1958 II, S. 97, Kommentar zu Art. 27; ferner DENZA, Commentary, S. 267; SALMON, Droit diplomatique, Ziff. 394 f.; TÖLLE/PALLEK, Gefahrenabwehr, S. 548 f.

II. Polizeiliche Gefahrenabwehr in der Mission und der Residenz

Höchst umstritten ist hingegen, ob auch *präventive* Massnahmen gegen die Mission (oder die Residenz des diplomatischen Personals) zulässig sind, um von dort ausgehende Bedrohungen für die öffentliche Sicherheit (z.B. Schüsse auf Demonstrantinnen, Feuer oder Gelbfieber in der Botschaft) und die Gefährdung von Menschenleben in der Botschaft (z.B. Geiselnahmen) zu verhindern oder zu beenden³⁴³. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission ist in Art. 22 Abs. 1 WÜD absolut formuliert; Vorstösse für eine explizite Ausnahme von der Unverletzlichkeit für Gefährdungssituationen wurden in der Völkerrechtskommission abgelehnt³⁴⁴. Dies spricht grundsätzlich gegen die Annahme einer Ausnahme. Allerdings zeigt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, dass der Umgang mit Gefahrensituationen in Botschaften höchst kontrovers diskutiert wurde³⁴⁵. Eine absolute Formulierung ohne Ausnahmen vom Verbot präventiver Massnahmen, wurde teils aus der Befürchtung heraus befürwortet, dass explizite Ausnahmen missbrauchsanfällig wären³⁴⁶, ohne dass deswegen Ausnahmen zwingend als unzulässig erachtet wurden. So vertrat etwa die Schweizer Delegation trotz der absoluten Formulierung der Unverletzlichkeit der Mission die Meinung, dass dieser Grundsatz es nicht ausschliesse, angemessene Massnahmen zu ergreifen, um eine Feuer zu löschen, das die Nachbarschaft bedrohe, oder um ein Verbrechen oder ein Vergehen in der Botschaft zu verhindern³⁴⁷.

In der Literatur wird soweit ersichtlich überwiegend der Standpunkt vertreten, dass der Gaststaat in Extremsituationen, die eine erhebliche und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und für Menschenleben oder ihre Integrität darstellen, als *ultima ratio* ohne Zustimmung in eine ausländische Botschaft eindringen darf, um die Gefahr zu bannen³⁴⁸. Ein solches Recht wird

³⁴³ Die Beispiele zeigen, dass derartige Gefahrensituationen nicht zwangsläufig mit einer Verletzung der diplomatischen Vorrechte einhergehen müssen.

³⁴⁴ Vgl. die Diskussion zu Art. 16 des Entwurfs, in YBILC 1958 I, S. 127–130.

³⁴⁵ Siehe UN, Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, vol. I, S. 135 ff. Für Hinweise auf die Entstehungsgeschichte siehe DENZA, Commentary, S. 144 f. und HERDEGEN, Diplomatic Privileges, S. 739 ff.

³⁴⁶ Vgl. CAHIER, Droit diplomatique, S. 202; HERDEGEN, Diplomatic Privileges, S. 741 und 739, Fn. 23; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, § 895.

³⁴⁷ Kommentar der Schweiz zu Art. 16 des Entwurfs, in YBILC 1958 II, S. 130.

³⁴⁸ So z.B. HERDEGEN, Diplomatic Privileges, S. 734–757; WAGNER/RASCH/PRÖPSTL, Kommentar, S. 187 f.; CAHIER, Droit diplomatique, S. 201 ff.; RICHTSTEIG, Kommentierung, S. 50; TÖLLE/PALLEK, Gefahrenabwehr, S. 552 und 554; vorsichtig formulierend DENZA, Commentary, S. 150 («cannot be excluded that entry without the consent of the

primär mit dem völkergewohnheitsrechtlichen Institut des Notstands, des Selbstverteidigungsrechts oder einer modifizierten Anwendung des Grundsatzes der Intervention zum Schutz eigener Staatsangehöriger begründet³⁴⁹. Eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zur Unverletzlichkeit der Mission lässt sich, weil das Eindringen ohne Einwilligung nur als *ultima ratio* in Frage kommt und kaum derartige Vorfälle zu verzeichnen sind, nur schwer nachweisen³⁵⁰.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die polizeiliche Gefahrenabwehr gegenüber einer ausländischen Mission (und analog der privaten Residenz der Diplomaten oder des weiteren Missionspersonals) ausnahmsweise als *ultima ratio* für zulässig zu erachten. Vorauszusetzen ist eine extreme Ausnahmesituation, von der eine erhebliche und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit, das Leben von Menschen oder ein schwerer Eingriff in die körperliche oder psychische Integrität von Menschen ausgeht. Begründen lässt sich eine solche Ausnahme meines Erachtens am überzeugendsten mit dem Notstand beziehungsweise in Anlehnung an das Prinzip der Intervention zum Schutz eigener Staatsangehöriger. Da ein Notstand eine schwere Bedrohung essentieller Interessen der Staatengemeinschaft beziehungsweise des Staats voraussetzt, der sich darauf beruft, vermag die Gefährdung des Lebens oder der physischen Integrität einer einzelnen oder weniger Personen (insb. in der Mission) kaum eine Notstandssituation zu begründen. Bei eigenen Bürgerinnen und Bürgern könnte in solchen Situation als Begründung auf die Intervention zum Schutz eigener Staatsangehöriger abgestellt werden, darüber hinaus ist die Zulässigkeit eines Eingriffs zum Schutz einzelner Personen in extremen Gefahrensituationen und als *ultima ratio* nach der hier vertretenen Auffassung gestützt auf menschenrechtliche Schutz-

sending State may be justified in international law by the need to protect human life») m.H. auf Befürworter eines solchen Rechts. Zweifelnd bezüglich der absoluten Wirkung auch LUDWIK DEMBINSKY, *The Modern Law of Diplomacy, External Missions of States and International Organizations*, Dordrecht etc. 1988, S. 193; sehr zurückhaltend, aber einen Eingriff bei einer Gefährdung der nationalen Sicherheit nicht absolut ausschliessend ferner ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, Rz. 8.11. Kategorisch gegen ein Eingriffsrecht dagegen SALMON, *Droit diplomatique*, Ziff. 328–330 und 333.

³⁴⁹ HERDEGEN, *Diplomatic Privileges*, S. 748 ff. mit eingehender Begründung; DENZA, *Commentary*, S. 150 und TÖLLE/PALLEK, *Gefahrenabwehr*, S. 552. Die auf das Selbstverteidigungsrecht abgestützte Begründung setzt die Anerkennung eines über den Fall eines bewaffneten Angriffs nach Art. 51 UNO-Charta hinausgehenden Selbstverteidigungsrechts voraus. Ob ein solches besteht ist jedoch umstritten; CHRISTINE GRAY, *The Use of Force and the International Legal Order*, in Evans, *International Law*, S. 618–648, 628. Zum Notstand und zum Selbstverteidigungsrecht siehe auch ILC, *Entwurf Staatenverantwortlichkeit*, Kommentierung, Art. 21 und Art. 25 samt Erläuterungen.

³⁵⁰ Für einige Beispiele, in denen der Gaststaat gegen den Willen des Entsendelands in die Mission eingedrungen ist, siehe DENZA, *Commentary*, S. 149. Für Beispiele aus der Zeit vor Abschluss des WÜD ferner HERDEGEN, *Diplomatic Privileges*, S. 743 f.

pflichten (insb. Recht auf Leben) zu bejahen. Das entspricht jedoch nicht dem herrschenden Ansatz. Unabhängig von der Begründung birgt die Anerkennung einer (engen) Ausnahme vom Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission zugebenermassen ein Missbrauchspotential. Dieses hält sich letztlich jedoch in Grenzen, weil der Gaststaat in der Regel vorschnelle und ungerechtfertigte präventive Massnahmen schon deshalb unterlassen wird, um die eigenen Missionsangehörigen im Entsendeland nicht der Gefahr von (unzulässigen) Vergeltungsmassnahmen auszusetzen.

Die Frage eines präventiven Eingriffs kann sich auch im Zusammenhang mit der Ausbeutung von Hauspersonal stellen: Bestehen begründete Hinweise darauf – zum Beispiel aufgrund eines Anrufs einer Augenzeugin bei der Polizei –, dass ein schwerer Angriff auf die körperliche Integrität oder das Leben einer Hausangestellten droht oder im Gang ist (schwere körperliche Misshandlung, Vergewaltigung, Tötungsversuch), ist ein Eingreifen der Polizei in der Vertretung oder der privaten Residenz von Diplomatinen zwecks Verhinderung der Gewalttat nach der hier vertretenen Auffassung als zulässig zu erachten. Soweit angezeigt und möglich, ist vorgängig um die Zustimmung des Entsendestaats zu ersuchen. Weniger klar erscheint die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Mission, wenn Hausangestellte in sklavereiähnlichen Verhältnissen gehalten werden³⁵¹ und keine *unmittelbare* schwere Gewalt droht oder erhärtete Hinweise über eine akute Unterernährung oder lebensbedrohliche Erkrankungen des Bediensteten bestehen. Zwar liegt auch hier eine schwere Straftat mit ernststen Folgen für die Betroffenen vor. Mangels einer unmittelbaren Gefahr für das Leben und die körperliche Integrität ist die Befreiung jedoch in zeitlicher Hinsicht weniger dringlich. Daher sind zunächst weniger einschneidende Massnahmen zu ergreifen. In Frage kommt vorab eine politische Intervention des Aussenministeriums beim Entsendestaat. Führt sie nicht zur Freilassung, kann die Erklärung zur *persona non grata* des mutmasslich fehlbaren Diplomaten und allenfalls seiner Familie angedroht und wenn nötig (mit einer kurzen Ausreisefrist) durchgesetzt werden, wobei die Ausreise ohne den betroffenen Bediensteten zu erfolgen hat. Analog könnte beim dienstlichen Hauspersonal gegenüber mehreren, allenfalls allen diplomatischen Vertreterinnen und Vertretern an der Mission vorgegangen werden. Nur wenn diese und allfällige andere mildere Massnahmen erfolglos bleiben, kommt als *ultima ratio* ein Eindringen in die Mission oder die private Residenz eines Diplomaten in Frage.

³⁵¹ Für Belege zu derartigen Fallkonstellationen siehe S. 17, Fn. 23.

III. Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals

Die Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten ist nicht mit den diplomatischen Aufgaben zu vereinen und stellt einen Missbrauch diplomatischer Privilegien dar. Sie steht namentlich in Widerspruch zu Art. 41 Abs. 1 WÜD, wonach alle Personen, die Vorrechte und Immunitäten geniessen, verpflichtet sind, die Rechtsvorschriften des Gastlands zu beachten. Die Ausbeutung des dienstlichen Hauspersonals verstösst zudem gegen Art. 41 Abs. 3 WÜD, der es verbietet, die Räumlichkeiten der Mission in einer mit ihren Aufgaben unvereinbaren Weise zu benützen. Das wirft die Frage auf, welche Reaktionsmöglichkeiten das Völkerrecht dem Gaststaat bei Rechtsverstössen gegen das Hauspersonal einräumt.

1. Reaktionsmöglichkeiten gemäss dem WÜD

Das WÜD sieht besondere Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats vor, um auf Verstösse des Entsendelands und des Missionspersonals gegen das diplomatische Recht und das im Gaststaat anwendbare Recht zu antworten: Er kann fehlerhafte Diplomaten nach Art. 9 Abs. 1 WÜD ohne Angabe von Gründen zur *persona non grata* erklären³⁵². Diesfalls hat der Entsendestaat sie abzurufen oder ihre Tätigkeit bei der Mission zu beenden. Kommt er dem nicht nach, kann der Gaststaat es ablehnen, die betroffene Person weiterhin als Mitglied der Mission anzuerkennen (Art. 9 Abs. 2 WÜD), worauf ihre dienstliche Tätigkeit beendet wird (Art. 43 Abs. 1 lit. b WÜD) und sie ihre Vorrechte und Immunitäten verliert. Die betroffene Diplomatin wird daher in der Regel im eigenen Interesse freiwillig ausreisen. Ursprünglich wurden Diplomaten vor allem bei Spionage und subversiven Tätigkeiten zur *persona non grata* erklärt. Heute wird dieses Mittel bei einer Vielzahl von Rechtsverstössen eingesetzt, wie zum Beispiel Drogendelikten, Widerhandlungen gegen Waffengesetze, Sexualdelikten, wiederholten Diebstählen oder – mit grossem Erfolg in England praktiziert – gegenüber chronischen Parksünderinnen³⁵³. Als weitere Reaktionsmöglichkeit³⁵⁴ kann der Gaststaat bei gravierenden Verstössen gegen das diplomatische

³⁵² Das übrige Personal kann für «nicht genehm» erklärt werden (Art. 9 Abs. 1 WÜD).

³⁵³ Zur Praxis betreffend die Erklärung zur *persona non grata* z.B. DENZA, Commentary, S. 83 ff.

³⁵⁴ Komplexer ist die Situation, wenn der Gaststaat Massnahmen gegen das diplomatische Personal der ständigen Missionen ergreifen möchte, da dieses nicht bei ihm, sondern bei einer internationalen Organisation akkreditiert ist. Diesfalls hat er Rücksprache mit ihr zu nehmen und die Gründe für die angestrebten Massnahmen gegen einen Diplomaten dar-

Recht zudem die diplomatischen Beziehungen mit dem Entsendestaat (vorübergehend) abbrechen³⁵⁵. Der Internationale Gerichtshof hat sich im Teheraner Geiselfall zu den Reaktionsmöglichkeiten des Gastlands im Fall des Missbrauchs der diplomatischen Privilegien wie folgt geäußert:

«Beyond that remedy [Erklärung zur persona non grata nach Art. 9 Abs. 1 WÜD] for dealing with abuses of the diplomatic function by individual members of a mission, a receiving State has in its hands a more radical remedy if abuses of their functions by members of a mission reach serious proportions. This is the power [...] to break off diplomatic relations with a sending State and to call for the immediate closure of the offending mission. [86] The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse. These means are, by their nature, entirely efficacious [...]. [...] But the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established régime [...]. Even in the case of armed conflict or in the case of a breach in diplomatic relations those provisions require that both the inviolability of the members of a diplomatic mission and of the premises, property and archives of the missions must be respected by the receiving State. Naturally, the observance of this principle does not mean [...] that a diplomatic agent caught in the act of committing an assault or other offence may not, on occasion, be briefly arrested by the police of the receiving State in order to prevent the commission of the particular crime.»³⁵⁶

2. Völkerrechtlich ausgeschlossene Reaktionen

Es ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass die Verletzung der Immunitäten und der Unverletzlichkeit des diplomatischen Personals und der Mission als

zulegen. Siehe dazu BGE 130 III 430, E. 3.4.1 f. Gemäss der Praxis der Schweizer Behörden kann namentlich die Ausbeutung des Hauspersonals durch Diplomatinen der ständigen Missionen bei der UNO einen Grund für ihre Ausweisung darstellen; siehe die in E. 3.4.2 des vorgenannten BGE zitierten Ausführungen des Bundesrats.

³⁵⁵ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980, S. 3, Ziff. 85.

³⁵⁶ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980, S. 3, Ziff. 85 f. Ebenso unter Berufung auf dieses Urteil BVerfGE 96, 68 (83).

Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten (inkl. Verletzungen des diplomatischen Rechts) des Entsendelands und des Missionspersonals unzulässig ist. Dies stellt nun ausdrücklich Art. 50 Abs. 2 lit. b des ILC-Entwurfs zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen von 2001 klar, wonach «[d]er Staat, der Gegenmassnahmen ergreift, [...] nicht von seinen Verpflichtungen entbunden [ist], die Unverletzlichkeit der diplomatischen und konsularischen Vertreter, Räumlichkeiten, Archive und Dokumente zu achten.»³⁵⁷ Der Grund liegt im Zweck und der fundamentalen Bedeutung der Unverletzlichkeit und der Immunitäten³⁵⁸. Die Aufrechterhaltung der diplomatischen Beziehungen, welche insbesondere in Krisenzeiten wichtig ist, würde dadurch ernsthaft gefährdet. Das Risiko, dass bei einer Missachtung der Immunitäten und der Unverletzlichkeit der Mission und des Personals der Konflikt zwischen dem Entsende- und dem Gaststaat eskaliert, Menschenleben gefährdet werden und die diplomatischen Vertreterinnen und Vertreter für Verfehlungen des Entsendestaats büssen müssen, ist – wie der Teheraner Geiselfall veranschaulicht – (zu) gross.

3. Das WÜD als *Self-contained-Regime*?

Zu Recht erfährt das Urteil des Internationalen Gerichtshofs zum Teheraner Geiselfall Kritik, insoweit als es das diplomatische Recht als *Self-contained-Regime* einstuft, das die Reaktionsmöglichkeiten bei einer Verletzung des WÜD abschliessend regle³⁵⁹. Es ist kaum denkbar, dass ein Abkommen alle sich im Zusammenhang mit der Vertragsmaterie stellenden Fragen umfassend normiert, sodass die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf Völkergewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze ausgeschlossen werden kann. Entsprechend behält auch das WÜD in der Präambel die Anwendung des Völkergewohnheitsrechts für im Abkommen nicht erfasste Fragen vor. Daraus wird aber deutlich, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht losgelöst vom allgemeinen Völkerrecht bestehen kann. In Teilen der Literatur wird daher bezüglich des diplomatischen Rechts der überzeugende Standpunkt vertreten, dass der Empfangs- und der Entsendestaat im Fall der Verletzung des diplomatischen Rechts gemäss den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln auch weitere als die im WÜD vorge-

³⁵⁷ ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 50, Ziff. 14 f.

³⁵⁸ Vgl. ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 50, Ziff. 15; SIMMA/PULKOWSKI, *Self-contained Regimes*, S. 514 und DOMINICÉ, *Représailles*, S. 551.

³⁵⁹ Für eine grundlegende Kritik der Qualifikation eines Vertrags als *Self-contained-Regime* siehe SIMMA/PULKOWSKI, *Self-contained Regimes*, S. 483–529; ILC, *Fragmentierungsbericht*, Ziff. 192 f., spezifisch zum diplomatischen Recht, S. 512 ff.; kritisch ferner DOMINICÉ, *Représailles*, insb. S. 551.

sehenen Massnahmen ergreifen können (Gegenmassnahmen und Retorsionen) wie beispielsweise die Kündigung eines Freundschaftsvertrags, das Verhängen von Sanktionen oder ähnliches, solange diese nicht die Unverletzlichkeit und Sicherheit der Mission und des Missionspersonals beschlagen (inkl. Immunitäten). Dass das WÜD kein *Self-contained*-Regime darstellt, welches die Reaktionsmöglichkeiten auf einen Vertragsbruch abschliessend regelt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass der Internationale Gerichtshof den Iran im Teheraner Geiselfall zur Wiedergutmachung des Schadens gestützt auf die völkergewohnheitsrechtliche Staatenverantwortlichkeit verpflichtet hat, obschon das WÜD diese Möglichkeit nicht vorsieht³⁶⁰.

4. Zulässige Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals

Die klassischen Reaktionsoptionen des WÜD bestehen nach dem Gesagten auch bei Rechtsverstössen gegen das Hauspersonal von Missionen und Diplomaten im Wesentlichen in der Erklärung zur *persona non grata* der fehlbaren Diplomaten sowie im Abbruch der diplomatischen Beziehungen zum Entsendestaat. Letzteres liegt offenkundig nicht im Interesse des Gastlands und stellt im hier interessierenden Zusammenhang auch keine angemessene oder sinnvolle Reaktion dar. Vor allem bei einer schweren Ausbeutung von privatem oder dienstlichem Hauspersonal kann die Erklärung zur *persona non grata* beziehungsweise ihre Androhung, welche bewirkt, dass der Entsendestaat die betroffene Missionsangestellte selber zurückruft, durchaus angezeigt sein, namentlich wenn die Diplomatin und der Entsendestaat nicht zur Lösungsfindung Hand bieten (Entschädigung der Bediensteten). Treten bei bestimmten Entsendeländern wiederholt Rechtsverletzungen gegen Hausbedienstete auf, kann der Druck auf diese auch dadurch erhöht werden, dass deren Diplomatinen für eine gewisse Zeit die Beschäftigung von Hausangestellten untersagt wird oder allenfalls eine Verkleinerung des Personalbestands an diesen Missionen durchgesetzt wird³⁶¹. Wie gezeigt, sind die Reaktionsmöglichkeiten im WÜD aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht abschliessend geregelt, weshalb gegen Entsendestaaten, bei denen wiederholt Ausbeutungsfälle auftreten, namentlich Retorsionen ohne Bezug zum diplomatischen Recht ergriffen werden dürfen. Denkbar wäre etwa, dass der Gaststaat Vertragsverhandlungen für einen Kooperationsvertrag

³⁶⁰ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980, S. 3, Ziff. 5 des Dispositivs.

³⁶¹ Vgl. Art. 11 WÜD und zum Einsatz dieses Mittels auch DENZA, Commentary, S. 84 ff., insb. 99.

in einem bestimmten Bereich suspendiert oder einen auslaufenden Vertrag nicht verlängert. Retorsionsmassnahmen könnten zudem auch in Einzelfällen angedroht (und allenfalls durchgesetzt) werden, um einen Entsendestaat dazu zu bewegen, die Immunität eines fehlbaren Diplomaten aufzuheben oder eine (angemessene) gütliche Einigung zu erzielen.

Zwar stellen Menschenrechtsverletzungen gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal jedenfalls in bestimmten Situationen ein dem (Entsende-)Staat zurechenbares völkerrechtswidriges Verhalten dar, welches Voraussetzung für das Ergreifen von Gegenmassnahmen (Repressalien) ist³⁶². Davon wird bei der Ausbeutung von Hauspersonal – obwohl Gegenmassnahmen nach der hier vertretenen Auffassung auch bei Fehlverhalten von Diplomaten nicht *per se* ausgeschlossen sind – meist bereits aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen abzusehen sein. Zudem dürfte ihre Zulässigkeit jedenfalls in Fällen zu verneinen sein, in denen die betroffenen Individuen im Entsendeland noch nicht versucht haben, eine Wiedergutmachung zu erhalten, obschon ihnen dort ein zumutbarer Rechtsweg offensteht.

Die im WÜD vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten und die klassischen Retorsionen des Völkerrechts sind vor allem an den zwischenstaatlichen Interessen ausgerichtet und bringen den betroffenen Hausbediensteten selber nur wenig Nutzen, ausser es kann damit ein Immunitätsverzicht durchgesetzt werden. Erhalten sie doch etwa durch eine Erklärung zur *persona non grata* weder eine Entschädigung für das ihnen widerfahrene Unrecht noch werden die fehlbaren Missionsangestellten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Mögliche geeignetere völkerrechtskonforme Massnahmen des Gastlands spezifisch im Zusammenhang der Ausbeutung von Hausangestellten, die auch den Angestellten erkennbar nützen, werden daher im fünften Teil dieser Arbeit noch eigens erörtert³⁶³.

³⁶² Vgl. ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 4 ff. In der Literatur wird die Nichtgeltung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität bei *Ius-cogens*-Verletzungen teilweise mit dem Konzept der Gegenmassnahme begründet; dazu S. 280.

³⁶³ Siehe insb. § 22.

§ 15

Fazit zur Wirkung des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals im Gaststaat

Hausangestellte von ausländischen Missionen und Diplomaten haben grundsätzlich stets die Möglichkeit, gegen die im Gaststaat durch die Immunitäten geschützten Personen den Rechtsweg im Entsendeland zu beschreiten. Dieser vermag den fehlenden Rechtsschutz im Gaststaat in der Regel aber nicht zu ersetzen, weil es dort oftmals an der nötigen Rechtsstaatlichkeit mangelt oder die praktische Hürde für die Einleitung eines Verfahrens für das Hauspersonal (insb. aus Drittstaaten) zu hoch ist. Bezüglich des Rechtsschutzes im Gaststaat gilt Folgendes:

I. Rechtsschutz gegen Diplomaten und ihre Angehörigen

Solange Diplomaten im Gaststaat *im Dienst* sind, genießen sie dort absolute Immunität (*ratione personae*) von der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihre privaten Hausbediensteten und von ihnen ausgebeutete Hausbedienstete der Mission können diese Personen demnach im Gastland nicht zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung ziehen.

Nach Dienstende beschränkt sich die diplomatische Immunität auf Diensthandlungen (Immunität *ratione materiae*). Damit sind Zivil- und Strafverfahren gegen Diplomaten und ihre Familienangehörigen im Gaststaat betreffend nicht dienstliche (private) Handlungen grundsätzlich möglich. Rechtsverstöße gegen das private Hauspersonal sind stets der privaten Lebenssphäre der Diplomaten zuzurechnen und qualifizieren daher nicht als Diensthandlungen. Damit können die Hausangestellten der Diplomaten diese nach Dienstende im Gaststaat grundsätzlich uneingeschränkt zivil- und strafrechtlich belangen. Rechtsverstöße gegen das Hauspersonal der Mission sind je nach den konkreten Umständen als private Tätigkeit einzustufen (z.B. einmalige sexuelle Nötigung im betrunkenen Zustand). Mehrheitlich stellen sie jedoch dienstliche Tätigkeiten dar (z.B. durch psychische Schikanen und Schläge sowie ein Verbot, die Botschaft zu verlassen, ausgeübter Zwang, täglich 12 Stunden ohne Ruhezeit zu arbeiten). Entscheidendes Kriterium ist, ob das ausbeuterische Verhalten einen sachlichen Bezug zur Berufstätigkeit der Diplomaten aufweist oder als private Handlung ohne entsprechenden Sachbezug zu qualifizieren ist. Das dienstliche

Hauspersonal verfügt folglich teilweise (privates ausbeuterisches Verhalten) über die Möglichkeit, die Diplomaten persönlich zivil- und strafrechtlich für ihnen gegenüber begangene Rechtsverstösse im Gaststaat zur Verantwortung zu ziehen. Für dienstliche und private Hausbedienstete gilt jedoch, dass der nachträgliche Rechtsschutz nicht effektiv ist, da sich die betroffenen Personen in diesem Zeitpunkt nicht mehr im Gastland aufhalten und die Entsendestaaten kaum Rechtshilfe leisten.

Die Rechtslage der privaten Hausangestellten ist im Gaststaat besonders prekär. Sie verfügen über keinen (wirksamen) Zivil- und Strafrechtsschutz gegen Diplomaten und deren Familienangehörige und haben auch nicht die Option, den Entsendestaat (wenigstens) zivilrechtlich zu verklagen, da ausbeuterisches Verhalten der Diplomaten ihnen gegenüber deren privaten Lebensbereich zugeordnet wird. Dienstliches Hauspersonal hat immerhin die Möglichkeit, den Entsendestaat für das ihm zurechenbare ausbeuterische Verhalten zivilrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen. Der Rechtsschutz gegen den Entsendestaat erfährt aber Einschränkungen durch die Staatenimmunität (dazu Teil 2).

II. Rechtsschutz gegen administratives und technisches Personal

Gegenüber administrativen und technischen Missionsangestellten, die Schweizer Staatsangehörige sind oder hier ihren ständigen Aufenthalt haben, ergeben sich aus der diplomatischen Immunität keine Einschränkungen im Rechtsschutz, da sie in der Schweiz keine entsprechende Immunität geniessen.

Gegenüber den übrigen administrativen und technischen Missionsangestellten bestehen *während ihrer Dienstzeit* im Gaststaat folgende Rechtsschutzmöglichkeiten: Sie geniessen im Dienst absolute Immunität (*ratione personae*) von der Strafgerichtsbarkeit sowie eine funktionelle Immunität (*ratione materiae*) von der Zivilgerichtsbarkeit. Das Hauspersonal ausländischer Missionen und das private Hauspersonal des administrativen und technischen Missionspersonals bleibt demnach ihnen gegenüber ohne *Strafrechtsschutz* solange sie hier im Dienst sind. Der *Zivilrechtsschutz* des privaten Hauspersonals erfährt durch die Immunität *ratione materiae* von der Zivilgerichtsbarkeit keine Einschränkung. Beim Zivilrechtsschutz des Hauspersonals der diplomatischen Vertretungen ist zwischen dienstlichem und privatem ausbeuterischem Verhalten zu differenzieren: Dienstliche Hausangestellte können administrative und technische Missionsangestellte im Gaststaat für ausbeuterisches Verhalten zivilrechtlich zur Verantwortung ziehen, das als private Handlung zu werten ist, nicht hingegen für

Rechtsverstöße, die als dienstliche Tätigkeit einzustufen sind. Rechtsverstöße des administrativen und technischen Missionspersonals gegen eigene Hausbedienstete gelten stets als Privathandlungen. Ausbeuterisches Verhalten gegen die Hausangestellten der Mission ist je nach den konkreten Umständen als private oder dienstliche Tätigkeit zu qualifizieren. Massgeblich ist, ob es in einem sachlichen Zusammenhang mit den beruflichen Aufgaben des administrativen und technischen Personals steht.

Nach Dienstende kann administratives und technisches Missionspersonal für sämtliche privaten, nicht aber die dienstlichen Handlungen im Gaststaat zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Der nachträgliche Rechtsschutz ist jedoch mangels Anwesenheit der verantwortlichen Personen im Gaststaat nur beschränkt wirksam.

III. Rechtsschutz gegen die Kanzleichefin mit konsularischem Status

Da der Kanzleichef mit konsularischem Status während des Diensts und nach Dienstende nur eine funktionelle Immunität für Diensthandlungen genießt, kann gegen ihn im Gaststaat grundsätzlich jederzeit ein Zivil- oder Strafverfahren in Bezug auf ausbeuterisches Verhalten eingeleitet werden, das als private Handlung einzustufen ist. Gegen Rechtsverstöße, die dienstliche Handlungen darstellen (sachlicher Bezug zu den Diensttätigkeiten des Kanzleichefs), kann er im Gastland nicht zur Verantwortung gezogen werden. Insoweit kann jedoch der Entsendestaat zivilrechtlich belangt werden, wobei sich allerdings die Staatenimmunität einschränkend auf den Rechtsschutz auswirkt (dazu Teil 2).

IV. Beweis- und Vollstreckungsprobleme

Die Auswirkungen des diplomatischen Rechts auf den Rechtsschutz des Hauspersonals erschöpfen sich nicht im Umstand, dass die Immunitäten Gerichtsverfahren verhindern können. Selbst wenn ein Prozess durchgeführt werden kann, bewirken die Vorrechte und Immunitäten Beweis- und Vollstreckungsschwierigkeiten, welche die Durchsetzung der Rechtsansprüche des Hauspersonals zusätzlich erschweren.

V. Wirkung des diplomatischen Rechts auf die polizeiliche Gefahrenabwehr

Das diplomatische Recht schliesst nicht aus, dass die Polizei durch die persönliche Unverletzlichkeit geschütztes Missionspersonal gegebenenfalls mit einer kurzen (präventiven) Festnahme an der Begehung einer Straftat gegen das Hauspersonal hindert. Höchst umstritten ist dagegen, ob ohne Zustimmung der Missionschefin Massnahmen zur präventiven Gefahrenabwehr in einer ausländischen Vertretung getroffen werden dürfen, wenn von dort eine schwere und unmittelbare Gefährdung für die öffentliche Sicherheit oder Leib und Leben von Personen ausgeht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies ausnahmsweise zulässig, sodass bei einer schweren Bedrohung der physischen Integrität von Hausangestellten oder ihres Lebens die Polizei des Gastlands als *ultima ratio* zur Gefahrenabwehr in die Mission eindringen dürfte.

VI. Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats auf die Ausbeutung des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten

Die herrschende Auffassung, wonach das WÜD ein sogenanntes *Self-contained-Regime* darstellt, das die Reaktionsmöglichkeiten auf Verletzungen des WÜD durch den Entsendestaat und das Missionspersonal abschliessend regelt, ist abzulehnen. Richtig ist dagegen, dass der Gaststaat als Reaktion auf Rechtsverstösse gegenüber Hausangestellten ausländischer Vertretungen und Diplomaten keine Massnahmen treffen darf, die den Schutz der Mission und des Missionspersonals einschränken (d.h. die Unverletzlichkeit und Immunitäten). Die klassischen Reaktionsmöglichkeiten des WÜD – der Abbruch der diplomatischen Beziehungen zum Entsendestaat und die Erklärung der fehlbaren Diplomatin zur *persona non grata* – sind bei einer Ausbeutung von Hausangestellten nur beschränkt dienlich: Erstere stellt keine angemessene Reaktion auf solche Rechtsverstösse dar; Letztere kann aus Sicht des Gastlands namentlich bei schweren oder wiederholtem Fehlverhalten durchaus eine angezeigte Sanktion darstellen. Den betroffenen Angestellten ist damit aber kaum geholfen. Auch aus diesem Grund ist nach anderweitigen völkerrechtskonformen präventiven und reaktiven Massnahmen bei der Ausbeutung von Hausangestellten zu suchen³⁶⁴.

³⁶⁴ Siehe hierzu Teil 5.

VII. Diplomatische Immunität als Synonym für Rechtsschutzlosigkeit

Im Ergebnis bedeutet die Immunität von Diplomaten (und weiterem Missionspersonal) im Gastland allzu oft, dass diese für Rechtsverstöße gegenüber ihren eigenen Hausangestellten und denjenigen der Mission nicht persönlich zur Verantwortung gezogen werden (weder zivil- noch strafrechtlich) und die Hausbediensteten ihre Rechtsansprüche ihnen gegenüber nicht durchsetzen können. Der Entsendestaat könnte mit einem Immunitätsverzicht Abhilfe schaffen, ein solcher wird aber praktisch kaum je ausgesprochen³⁶⁵. Da das private Hauspersonal keine Ansprüche gegen den Entsendestaat selber geltend machen kann, verfügt es somit im Gastland über keinen wirksamen Zivil- und Strafrechtsschutz. Beim Hauspersonal der ausländischen Vertretungen schafft die Möglichkeit, den Entsendestaat immerhin für ausbeuterisches Verhalten, das als dienstliche Handlung zu qualifizieren ist, zivilrechtlich zu verklagen, eine gewisse Abhilfe. Der Zivilrechtsschutz gegen den Entsendestaat wird jedoch durch die Staatenimmunität eingeschränkt³⁶⁶.

³⁶⁵ Siehe auch KRAEGE, Sonderregelungen, Ziff. 5.88.

³⁶⁶ Dazu Teil 2.

§ 16

Gesamtfazit: Wirkung von Staatenimmunität und diplomatischem Recht auf den Rechtsschutz des Hauspersonals von Missionen und Diplomaten im Gaststaat Schweiz

Die Lücken im Rechtsschutz von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat sind im Wesentlichen auf den Umstand zurückzuführen, dass Immunitätsverzichte der Entsendestaaten sehr selten sind. Wenn im Entsendeland kein zumutbarer Rechtsschutz sichergestellt ist und es sich beim Gaststaat um einen Rechtsstaat handelt, widerspricht die Verweigerung eines Verzichts dem Zweck der Immunitäten, weil sie zur Umgehung der Verantwortlichkeit missbraucht werden.

I. Auswirkungen der Gerichtsbarkeitsimmunität

Die Folgen der Gerichtsbarkeitsimmunität für den Rechtsschutz in der Schweiz und anderen Gaststaaten sind je nachdem unterschiedlich, ob private oder dienstliche Hausangestellte betroffen sind:

Private Hausangestellte werden von Diplomatinen und Diplomaten angestellt. Ihre Ausbeutung wird daher nicht dem Entsendeland zugerechnet, sodass sie keine Möglichkeit haben, dieses in der Schweiz und anderen Gaststaaten zivilrechtlich zu verklagen. Die Staatenimmunität steht folglich bei der Ausbeutung von privaten Hausangestellten grundsätzlich nicht in Frage.

Da Diplomatinen gestützt auf das WÜD während ihrer Dienstzeit absolute diplomatische Immunität (*ratione personae*) von der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit geniessen, können private Hausangestellte bei Rechtsverstössen weder eine zivilrechtliche noch eine strafrechtliche Verurteilung der fehlbaren Diplomaten im Gaststaat erwirken. Sofern der Rechtsschutz im Entsendeland keine wirksame Alternative darstellt – etwa mangels Rechtsbehelfen oder Rechtsstaatlichkeit oder weil das Hauspersonal keinen engen Bezug zum Entsendestaat aufweist (insb. Drittstaatenangehörige) – bleiben sie ohne wirksamen Rechtsschutz.

Nach Beendigung ihrer Diensttätigkeit im Gaststaat steht Diplomaten und weiteren Missionsangestellten zwar nur noch Immunität für dienstliche Tätigkeiten zu (Immunität *ratione materiae*), sodass Rechtsverstösse gegen private Hausangestellte grundsätzlich gerichtlich verfolgt werden könnten. Allerdings

halten sich die fehlbaren Personen und namentlich die Diplomatinen dann gewöhnlich nicht mehr im Gaststaat auf. Der Rechtsschutz nach Dienstende ist im Gastland in der Regel nicht effektiv. Gründe hierfür sind, dass der Entsendestaat meist keine Rechtshilfe leistet, Abwesenheitsurteile nur teils möglich sind und ein allfälliges Urteil jedenfalls nicht vollstreckt werden kann.

Dienstliche Hausangestellte verfügen im Gastland ohne einen Immunitätsverzicht des Entsendestaats aufgrund der diplomatischen Immunität ebenfalls über keinen wirksamen *Strafrechtsschutz*. Die absolute diplomatische Immunität der Diplomaten und ihrer Familienangehörigen verhindert ein Strafverfahren solange sie hier im Dienst sind. Nach Dienstende wäre ein Strafverfahren in Bezug auf private Handlungen grundsätzlich möglich. Da sie sich in diesem Zeitpunkt nicht mehr im Gaststaat aufhalten, ist der Strafrechtsschutz nach Dienstende nicht wirksam.

Die Verfügbarkeit des *Zivilrechtsschutzes* für Hausangestellte ausländischer Missionen entscheidet sich im Wesentlichen danach, ob es sich um eine dem Entsendestaat zurechenbare Ausbeutung handelt.

Soweit das ausbeuterische Verhalten von Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten dem Entsendestaat zurechenbar ist oder dieser Schutzpflichten gegenüber den dienstlichen Hausangestellten vernachlässigt hat, können sie ihn in der Schweiz oder anderen Gastländern zivilrechtlich verklagen. Die Immunität des Entsendestaats beurteilt sich nach dem Staatenimmunitätsrecht. Dabei genießt der Entsendestaat in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal nach der gestützt auf Gewohnheitsrecht entwickelten Praxis des Bundesgerichts nie Gerichtsbarkeitsimmunität, da Streitigkeiten mit dem untergeordneten Missionspersonal als *acta iure gestionis* eingestuft werden. Auch nach dem – noch nicht in Kraft getretenen – UNO-Staatenimmunitätsabkommen (UNCSI) kommt dem Entsendeland in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichen Hausangestellten nur in seltenen Fällen Gerichtsbarkeitsimmunität zu. Das Europäische Staatenimmunitätsübereinkommen (ECSI) gesteht dem Entsendestaat in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit Hausangestellten unter den drei Regimen an sich die weitestgehende Gerichtsbarkeitsimmunität zu. Da die Schweiz jedoch dem ECSI-Fakultativregime beigetreten ist, kann sie die Immunität weiter einschränken und Rechtsstreitigkeiten gemäss der Praxis des Bundesgerichts zur gewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität entscheiden. Dienstliche Hausangestellte von diplomatischen Vertretungen können somit – sofern es sich um eine dem Entsendestaat zurechenbare Ausbeutung handelt oder er ihnen gegenüber Schutzpflichten verletzt hat – in der Schweiz in den meisten Fällen ein Zivilurteil gegen diesen erwirken.

Soweit dienstliche Hausangestellte ausländischer Missionen dagegen Opfer einer dem Entsendestaat nicht zurechenbaren Form der Ausbeutung werden,

können sie grundsätzlich nur die fehlbare Person und nicht den Staat zivilrechtlich verklagen. Die Staatenimmunität spielt demnach grundsätzlich keine Rolle. Da es sich bei der Täterin oder dem Täter in der Regel um eine Diplomatin oder einen Diplomaten oder andere Missionsangestellte handelt, verhindert die diplomatische Immunität meist ein Zivilurteil. Dienstliche Hausangestellte befinden sich insoweit in Bezug auf den Rechtsschutz (gegenüber den fehlbaren Individuen) in derselben Lage wie private Hausangestellte.

II. Auswirkungen der Vollstreckungsimmunität

Die Vollstreckungsimmunität des Entsendelands (Staatenimmunität) und der Diplomaten und weiteren Missionsangestellten (diplomatische Immunität) bewirkt in der Schweiz und anderen Gaststaaten erhebliche Lücken im Rechtsschutz des privaten Hauspersonals von Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten sowie des dienstlichen Hauspersonals diplomatischer Vertretungen. Gegen den Willen des Entsendestaats hat ausgebeutetes Hauspersonal praktisch keine Chance, Gerichtsurteile – soweit diese überhaupt möglich sind – im Gastland zu vollstrecken.

III. Beweisrechtliche Probleme

Selbst wenn gegen den Entsendestaat oder die fehlbaren Diplomatinen (Verzicht auf die Immunität) und weitere Missionsangestellte ein Gerichtsverfahren durchgeführt werden kann, bewirken – soweit sich der Entsendestaat nicht kooperativ zeigt – der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission und der Diplomaten sowie ihre Entbindung von der Zeugenaussagepflicht gemäss dem WÜD für die Hausangestellten beweisrechtliche Probleme.

IV. Auswirkungen auf die polizeiliche Gefahrenabwehr

Schliesslich wirken sich die diplomatischen Immunitäten und Vorrechte nachteilig auf den Polizeischutz zugunsten dienstlicher und privater Hausangestellter aus. Zwar ist völkerrechtlich umstritten, ob und inwieweit der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission (und der Residenz) es auch in Extremsituationen verbietet, dass die Polizei ohne Erlaubnis des Entsendestaats zum Schutz von Leib und Leben oder der öffentlichen Sicherheit in die Mission (oder Residenz) eindringen darf. Soweit die Polizei bei Kenntnis von schweren Gewaltakten

oder (unmittelbar drohender) schwerer Gewalt gegen Leib und Leben von Hausangestellten in der Mission oder Residenz wegen des Grundsatzes der Unverletzlichkeit nicht auf einen Einsatz verzichtet, wird sie zu deren Nachteil aber jedenfalls grösste Zurückhaltung üben.

V. Schlussfazit

Letztlich gilt: Private Hausbedienstete von Diplomatinen verfügen in der Schweiz und anderen Gaststaaten über keinen (wirksamen) Zivil- und Strafrechtsschutz, dienstliche Hausangestellte ausländischer Missionen nur über einen sehr lückenhaften Rechtsschutz (kein Strafrechtsschutz, kein Zivilrechtsschutz gegen Diplomaten bei Ausbeutung, die dem Entsendestaat nicht zurechenbar ist sowie eingeschränkter Zivilrechtsschutz bei Ausbeutung, die dem Entsendestaat zurechenbar ist).

4. Teil

Internationale Praxis zum Verhältnis völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte

§ 17

Völkerrechtliche Immunitäten und Menschenrechte als Spannungsverhältnis

I. Einführende Bemerkungen

Der zweite und dritte Teil dieser Studie haben gezeigt, dass der Rechtsschutz des dienstlichen Hauspersonals ausländischer Vertretungen und des privaten Hauspersonals ausländischer Diplomatinen im Gastland wegen der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität praktisch inexistent bis sehr lückenhaft ist. Private Hausangestellte verfügen in der Schweiz und anderen Gaststaaten über keinen (wirksamen) Zivil- und Strafrechtsschutz; dienstliche Hausangestellte haben bei Rechtsverstössen am Arbeitsplatz zwar meist Zugang zu den Zivilgerichten aber keinen (effektiven) Strafrechtsschutz und keine Vollstreckungsmöglichkeit. Abhilfe schaffen könnte ein Immunitätsverzicht, wie ihn das Staatenimmunitätsrecht und das WÜD vorsehen. Er ist aber bedauerlicherweise praktisch bedeutungslos, da Staaten nur sehr selten darin einwilligen. In vielen Ausbeutungsfällen vermag auch der Rechtsschutz im Entsendestaat den fehlenden oder eingeschränkten Rechtsschutz im Gastland nicht effektiv zu kompensieren, weil das Beschreiten dieses Rechtswegs mangels Rechtsbehelfen, einer funktionierenden, rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Justiz oder mangels Bezug der Betroffenen zum Entsendestaat nicht zumutbar ist.

Das Fehlen beziehungsweise die Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes der Hausangestellten von ausländischen Diplomaten und Vertretungen steht in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zu dem in der Schweiz geltenden Menschenrechtsstandard. Dieselbe Spannung besteht auch in anderen Rechtsordnungen. Es erstaunt daher wenig, dass das (spannungsreiche) Verhältnis der Staatenimmunität, der diplomatischen Immunität und weiteren völkerrechtlichen Immunitäten zum Menschenrechtsschutz internationale (und nationale) Gerichte und gerichtsähnliche Instanzen in jüngerer Zeit vermehrt beschäftigt hat. Der vierte Teil dieser Arbeit analysiert deshalb, wie die (für die Schweiz) wichtigsten internationalen Rechtsprechungsorgane – der Internationale Gerichtshof, der

Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sowie die UNO-Vertragsüberwachungsorgane – mit der Thematik umgehen und welche Auswirkungen ihre Rechtsprechung auf den Rechtsschutz ausgebeuteter dienstlicher und privater Hausangestellter in der Schweiz hat.

Um zu verstehen, worin das Spannungspotential zwischen den Menschenrechten und den völkerrechtlichen Immunitäten im Kontext der Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten genau besteht, erweisen sich einige allgemeine Ausführungen zur Wirkungsweise der Menschenrechte als unerlässlich. Es soll daher – auf einer grundsätzlichen Ebene und an einzelnen Garantien veranschaulicht – erläutert werden, welche menschenrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere des Gaststaats, bei Rechtsverstößen gegen dienstliche und private Hausangestellte am Arbeitsplatz berührt sein können. Eine vollständige Darstellung der betroffenen Menschenrechtsinteressen wird nicht angestrebt.

II. Zur Geltung und Funktionsweise der Menschenrechte

1. Menschenrechte als staatliche Pflichten

Menschenrechte schützen Private vor der Hoheitsgewalt des Staats. Deswegen sind Staaten und nicht Private Träger menschenrechtlicher Verpflichtungen. Die Bindung an diese Garantien erfolgt hauptsächlich durch die Ratifikation von universellen und regionalen Abkommen. Die Schweiz hat von den zahlreichen Menschenrechtsverträgen namentlich den internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I), den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) sowie die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert (EMRK)³⁶⁷. Gewisse Menschenrechte gelten darüber hinaus gewohnheitsrechtlich³⁶⁸.

2. Bei der Ausbeutung von Hauspersonal berührte Menschenrechte

Wie bereits im ersten Teil der Arbeit dargelegt wurde, können Rechtsverstöße gegen das Hauspersonal ausländischer Vertretungen und Diplomaten eine Viel-

³⁶⁷ Mangels Ratifikation der Fakultativprotokolle über das Individualbeschwerdeverfahren zu Pakt I und II können Opfer von Paktverletzungen durch die Schweiz keine Individualbeschwerde beim Ausschuss für WSK-Rechte oder beim MRA einlegen.

³⁶⁸ Vgl. z.B. IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, I.C.J. Reports 1970, S. 3, Ziff. 22 f.; MRA, General Comment Nr. 24 (1994).

zahl menschenrechtlich geschützter Interessen berühren³⁶⁹. Beispielsweise verstösst eine sehr geringe Entlohnung und übermässige zeitliche Beanspruchung der Hausangestellten (kaum Ruhezeiten und Ferien) gegen das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art. 7 Pakt I). Übergriffe gegen die physische und psychische Integrität liegen im Schutzbereich des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK) oder bei schweren Eingriffen des Verbots der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 7 Pakt II). Einschränkungen des Kontakts mit der Familie und der Aussenwelt können das Recht auf Familien- und Privatleben (Art. 17 Pakt II und Art. 8 EMRK) und ein Verbot, Gottesdienste zu besuchen, die Religionsfreiheit (Art. 18 Pakt II und Art. 9 EMRK) tangieren. Extreme Ausbeutungsformen können gar das Verbot der Sklaverei, der Leibeigenschaft und der Zwangsarbeit (Art. 8 Pakt II und Art. 4 EMRK) verletzen. Schliesslich spielt bei Rechtsverstössen gegen dienstliche und private Hausangestellte das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde (Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 Pakt II) eine zentrale Rolle.

3. Verpflichtungsebenen und Gehalt einzelner Menschenrechte

Menschenrechte verpflichten die Staaten zu einem Unterlassen (negative Pflichten) und zu einem Tun (positive Pflichten). Dabei werden unabhängig von der konkret betroffenen Garantie grundsätzlich drei Verpflichtungsebenen unterschieden³⁷⁰.

Auf einer ersten Ebene sind Staaten gehalten, die Menschenrechte zu achten. Diese Pflicht erfüllen sie, indem sie bestimmte Handlungen unterlassen (Unterlassungspflicht). Beispielsweise erwächst aus dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK, Art. 6 Pakt II) für Staaten in Friedenszeiten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – das Verbot, Menschen zu töten. Ein Staat darf unter keinen Umständen Menschen foltern, unmenschlich oder erniedrigend behandeln (Art. 3 EMRK, Art. 7 Pakt II) oder sie in die Sklaverei oder Leibeigenschaft zwingen und – von spezifischen Ausnahmen abgesehen – zur Zwangsarbeit verpflichten (Art. 4 EMRK, Art. 8 Pakt II). Eingriffe in nicht absolut geltende Menschenrechte wie die körperliche Unversehrtheit (Art. 8 EMRK³⁷¹), das Recht auf Pri-

³⁶⁹ Siehe die Ausführungen zum anwendbaren materiellen Recht auf S. 21.

³⁷⁰ Die Ausführungen dieses Abschnitts stützen sich im Wesentlichen auf KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 261 ff. Siehe ferner zu den Verpflichtungsebenen von Menschenrechtsgarantien JÖRG KÜNZLI, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte, Berlin 2001, insb. S. 210 ff.

³⁷¹ Für den UNO-Pakt II hat der MRA bislang nicht entschieden, ob und durch welche Garantie Eingriffe in die physische und psychische Integrität unterhalb der Schwelle un-

vat- und Familienleben (Art. 8 EMRK, Art. 17 Pakt II) oder die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK, Art. 18 Pakt II) sind hingegen unter bestimmten Bedingungen zulässig. Vorausgesetzt wird regelmässig, dass der Eingriff auf einer (genügenden) gesetzlichen Grundlage beruht, durch ein (legitimes) öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Welche Eingriffe verpönt sind, lässt sich folglich nicht abstrakt beantworten, sondern hängt von der konkreten Situation ab. Beispielsweise ist es Staaten aber grundsätzlich verwehrt, Individuen nach Gutdünken – das heisst ohne genügende Rechtfertigungsgründe im vorgenannten Sinn – zu verbieten, Kontakt mit Familienangehörigen und Freunden zu pflegen (Recht auf Privat- und Familienleben) oder an religiösen Veranstaltungen teilzunehmen (Religionsfreiheit). Ebenso ist es ihm grundsätzlich untersagt, Gewalt anzuwenden oder Personen einzuschüchtern, um sie zu einem bestimmten Verhalten anzuhalten (insb. Recht auf Privatleben, Folterverbot, Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit). Unterlassungspflichten hat ein Staat auch gegenüber den eigenen Angestellten zu beachten.

Auf einer zweiten Ebene auferlegen die Menschenrechte den Staaten – als Teil der positiven Pflichten³⁷² – Schutzpflichten. Diese halten die Staaten unter gewissen Bedingungen dazu an, Menschenrechtsinteressen gegen Gefahren zu verteidigen (z.B. Übergriffe Dritter auf die physische Integrität). Schutzpflichten bestehen allerdings nur insoweit, als der Staat Kenntnis von der Beeinträchtigung und faktisch die Möglichkeit zum Eingreifen hat, das heisst, es wird sein Wissen und Können vorausgesetzt. Sie haben präventiven Charakter, wenn damit drohende Menschenrechtsverletzungen abgewendet werden sollen, und kurativen Charakter, wenn eine bereits erfolgte Beeinträchtigung beseitigt, oder soweit das nicht mehr möglich ist, die Täterschaft sanktioniert und dem Opfer Wiedergutmachung geleistet wird. Welche Schutzpflichten sich aus einer Garantie ergeben, ist teils ausdrücklich in den Menschenrechtsverträgen festgeschrieben. Darüber hinaus ist ihr Bestand und Ausmass bei verschiedenen Garantien jedoch zum Teil bis heute umstritten.

Anerkannt ist beispielsweise, dass die Polizei im Sinn einer staatlichen Schutzpflicht gestützt auf das Recht auf Leben sowie das Recht auf Sicherheit (Art. 9 Pakt II) grundsätzlich zum Einschreiten verpflichtet ist, wenn sie Kenntnis davon hat, dass jemand durch Dritte unmittelbar am Leben bedroht ist³⁷³. Aus dem Verbot der Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit erwächst den

menschlicher und erniedrigender Behandlung erfasst werden. Dazu KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 946, Fn. 84 sowie Rz. 1133.

³⁷² Die Terminologie für die positiven Pflichten ist uneinheitlich. Siehe z.B. DRÖGE, Positive Verpflichtungen, S. 4 ff.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 139 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 261 ff.

³⁷³ Z.B. EGMR, *Osman v. the United Kingdom* (GC), 87/1997/871/1083 (1998), Ziff. 115 f.;

Vertragsstaaten die (Schutz-)Pflicht, derartiges Verhalten für strafbar zu erklären und strafrechtlich zu ahnden³⁷⁴ oder – soweit sie Kenntnis und die Möglichkeit zum Eingreifen haben – eine Person aus sklavereiähnlichen Verhältnissen zu befreien. Gleichermassen auferlegt das Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung Staaten die Pflicht, effektive Massnahmen zu ergreifen, um namentlich besonders schutzbedürftige Personen (Kinder, Frauen in Abhängigkeitsverhältnissen bei häuslicher Gewalt) vor Eingriffen in die Garantie zu bewahren³⁷⁵ und Verletzungen der physischen und psychischen Integrität (auch durch Private) strafrechtlich zu sanktionieren. Für Eingriffe in die physische und psychische Unversehrtheit unterhalb der Schwelle der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ergeben sich aus dem Recht auf Privatleben (Art. 8 Abs. 1 EMRK) Schutzpflichten. So sind Staaten auch hier gehalten, Individuen gegen Eingriffe Dritter zu schützen (z.B. im Rahmen häuslicher Gewalt) oder alle Formen von sexuellem Missbrauch strafrechtlich zu sanktionieren und strafbares Verhalten effektiv zu verfolgen³⁷⁶. Schutzpflichten beinhaltet ferner etwa die Bewegungsfreiheit. Beispielsweise muss ein Staat Individuen schützen, die von Dritten gehindert werden, sich frei zu bewegen (z.B. Verbot, das Haus zu verlassen)³⁷⁷. Voraussetzung ist – wie bereits erwähnt – dass er von der Menschenrechtsverletzung Kenntnis sowie die Möglichkeit zum Eingreifen hat.

Auf einer dritten Ebene erwachsen den Staaten als weitere positive Pflicht Gewährleistungspflichten. Danach haben sie – insbesondere mittels umfassender gesetzgeberischer und administrativer Massnahmen – sicherzustellen, dass die rechtlichen, institutionellen und verfahrensmässigen Voraussetzungen für die volle Realisierung der Menschenrechte gegeben sind. Der Umfang der Gewährleistungspflichten hängt von der konkreten Garantie, aber auch von der finanziellen Leistungsfähigkeit des betroffenen Lands ab. Aus dem Recht auf Leben und dem Verbot der Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung resultiert beispielsweise die Pflicht der Staaten, sicherzustellen, dass Personen in ihrer Obhut (z.B. in Gefängnissen und psychiatrischen Kliniken) ausreichend Nahrung erhalten und – jedenfalls bei lebensbedrohlichen Krankheiten –

für Hinweise auf die Praxis des MRA siehe KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 842 f.

³⁷⁴ EGMR, *Siliadin v. France*, 73316/01 (2005), Ziff. 112; zu den Schutzpflichten aus dem Verbot der Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit auch KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 248 m.H.

³⁷⁵ EGMR, *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), Ziff. 158 f.; MRA, General Comment Nr. 31 (2004), Ziff. 8; zum Ganzen auch KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 961 m.H.

³⁷⁶ EGMR, *A. v. Croatia*, 55164/08 (2010), Ziff. 57 ff.

³⁷⁷ MRA, General Comment Nr. 27 (1999), Ziff. 6.

angemessen medizinisch versorgt werden. Auch dürfen die Haftbedingungen in Gefängnissen oder Kliniken nicht unmenschlich oder erniedrigend sein³⁷⁸.

4. Das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde im Besonderen

In der Praxis internationaler Gerichte und gerichtsähnlicher Instanzen zum Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz spielt das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde eine herausragende Rolle³⁷⁹.

Das Recht auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 Pakt II verbürgt in zivilrechtlichen Streitigkeiten und bei strafrechtlichen Anklagen einen Anspruch auf eine materielle Beurteilung durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in einem fairen Verfahren. Die Garantie, welche auch ausländischen Arbeitnehmenden zusteht³⁸⁰, beinhaltet unter anderem einen Anspruch auf Vollstreckung rechtskräftiger Urteile. Andernfalls bliebe der Rechtsschutz unwirksam und illusorisch³⁸¹. Mangels ausdrücklicher Gewährleistung in der EMRK hat der EGMR das Recht auf Zugang zu einem Gericht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, welches insbesondere gebietet, dass zivilrechtliche Ansprüche einem Gericht zur materiellen Beurteilung vorgelegt werden können³⁸². Art. 6 Ziff. 1

³⁷⁸ Zum Ganzen KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 862 und 964 m.H. auf die Praxis.

³⁷⁹ Dazu mehr bei der Besprechung der Praxis des IGH, des EGMR und des MRA auf S. 169 ff. und 180 ff. Bei diesen Verfahrensgarantien geht es um die Bereitstellung und den Zugang zu staatlicher Infrastruktur (Gerichtsorganisation und Rechtsmittel). Von den dargestellten drei Verpflichtungsebenen spielen daher die Unterlassungs- und Schutzpflichten in der Regel keine Rolle.

³⁸⁰ MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 9.

³⁸¹ Grundlegend EGMR, *Hornsby v. Greece*, 18357/91 (1997), Ziff. 40; *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, 60861/00 (2005), Ziff. 66: «The right to a court is not merely a theoretical right to secure recognition of an entitlement by means of a final decision but also includes the legitimate expectation that the decision will be executed. The effective protection for litigants and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a judgment delivered by the State's highest administrative court». In diesem Sinn auch MRA, *Sechremelis v. Greece*, 1507/2006 (2010), Ziff. 10.4.

³⁸² EGMR, *Golder v. the United Kingdom*, 4451/70 (1975), Ziff. 28 ff. und insb. 34: «And in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to the courts.» Unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip wäre es daher, «if a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immu-

EMRK und Art. 14 Abs. 1 Pakt II vermitteln selber keine materiellen zivilrechtlichen Ansprüche, diese müssen vielmehr im nationalen Recht bestehen³⁸³. Den Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit legen der EGMR und der Menschenrechtsausschuss weit aus³⁸⁴. Sie folgen dabei nicht der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht nach den nationalen Rechtsordnungen³⁸⁵. Als zivilrechtlich gelten zunächst namentlich Streitigkeiten im Bereich des Vertrags-, Eigentums- und Haftpflichtrechts und damit auch die im schweizerischen Recht anerkannten arbeitsvertraglichen Ansprüche zwischen Privaten wie beispielsweise auf Bezahlung des Lohns, von Überstunden und Ferienentschädigungen oder Entschädigungsansprüche wegen missbräuchlicher Kündigung, Diskriminierung oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Darüber hinaus fassen der EGMR und der Menschenrechtsausschuss aber auch analoge Streitigkeiten über öffentlichrechtliche Ansprüche wie insbesondere sozialversicherungsrechtliche und – von wenigen Ausnahmen abgesehen – arbeitsrechtliche Ansprüche von Staatsangestellten darunter³⁸⁶. Nach der Praxis des EGMR findet das Recht auf Zugang zu einem Gericht ausnahmsweise nicht auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit Staatsbediensteten Anwendung, wenn das nationale Recht eine bestimmte Kategorie von Staatsangestellten ausdrücklich vom Schutzbereich der Garantie ausschliesst und zweitens objektivierte staatliche Interessen den Ausschluss rechtfertigen³⁸⁷. Bei Botschaftsangestellten in niedri-

nities from civil liability on categories of persons»; EGMR, *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 58.

³⁸³ EGMR, *Fogarty v. the United Kingdom* (GC), 37112/97 (2001), Ziff. 24 f. und MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 17.

³⁸⁴ Dazu insb. MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 16 f. und zur EMRK z.B. DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/COLIN WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 210 ff. beide m.H.

³⁸⁵ Auch der Begriff der strafrechtlichen Anklage wird vertragsautonom ausgelegt; dazu GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 392 ff. und MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 15.

³⁸⁶ Spezifisch zur Anwendung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit Staatsangestellten: EGMR, *Vilho Eskelinen v. Finland* (GC), 63235/00 (2007), Ziff. 42 ff.; *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 38 ff. sowie MRA, *Y.L. v. Canada*, 112/1981 (1986), Ziff. 9.1 ff. und *Casanovas v. France*, 441/1990 (1994), Ziff. 5.2. Ausnahmsweise haben gemäss dem MRA Staatsangestellte in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten kein Anrecht auf Zugang zu einem Gericht. Dies gilt namentlich, soweit sie keinen Rechtsanspruch auf eine bestimmte staatliche Leistung haben (z.B. Beförderungen) oder für Entlassungen aus disziplinarischen Gründen; MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 17.

³⁸⁷ Dies wäre etwa der Fall, wenn sich der Gegenstand der Streitigkeit auf die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt bezieht oder das besondere Loyalitätsverhältnis zum Staat betrifft. Für gewöhnliche arbeitsrechtliche Streitigkeiten (Lohnstreitigkeiten etc.) darf der Zugang zu einem Gericht nach dem EGMR dagegen grundsätzlich nicht ausgeschlossen

gen Chargen (keine hoheitlichen Funktionen) verneint der EGMR ein staatliches Interesse an der Nichtanwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK³⁸⁸. Im Einzelnen hat er namentlich Ansprüche von ehemaligen Botschaftsangestellten (Chefbuchhalter, Sekretärin) auf Entschädigung für eine ungerechtfertigte Kündigung als zivilrechtlich im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eingestuft³⁸⁹.

Das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 Pakt II verpflichtet die Vertragsstaaten, zur Beurteilung von Konventionsverletzungen einen innerstaatlichen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen, auf dessen Grundlage materiell über die geltend gemachte Menschenrechtsverletzung entschieden und adäquate Abhilfe erlangt werden kann³⁹⁰. Dabei muss es sich nicht zwingend um ein Gerichtsverfahren handeln, je nach Ausgestaltung kann unter Umständen auch ein Verwaltungsverfahren oder ähnliches (z.B. eine Ombudsstelle) genügen³⁹¹. Im Einzelnen hängen die konkreten Anforderungen an eine wirksame Beschwerde massgeblich von dem als verletzt gerügten Menschenrecht ab. Beispielsweise erwächst aus Art. 13 EMRK in Verbindung mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) oder dem Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK) ein Anspruch auf eine effektive Untersuchung der Vorkommnisse und auf Zahlung einer Genugtuung³⁹². Wie sich aus Art. 2 Abs. 3 lit. c Pakt II ergibt, wonach erfolgreichen Beschwerden Geltung zu verschaffen ist, umfasst eine wirksame Beschwerdemöglichkeit insbesondere auch deren Vollstreckung. Das Recht auf wirksame Beschwerde ist ein akzessorisches Recht, das nur zusammen mit einer anderen Vertragsgarantie angerufen werden kann.

werden (Vilho Eskelinen v. Finland [GC], 63235/00 [2007], Ziff. 62). Dieser zweistufige Test ist auf Streitigkeiten ausgerichtet, bei denen der *Arbeitgeberstaat* vor dem EGMR die Nichtanwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend macht. Bei Streitigkeiten mit Missionsangestellten, die Beschwerde gegen den *Gaststaat* wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht führen (infolge Gewährung der Staatenimmunität), wendet ihn der EGMR daher nur sinngemäss an.

³⁸⁸ EGMR, Cudak v. Lithuania (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 44 und Sabeh El Leil v. France (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 39.

³⁸⁹ EGMR, Cudak v. Lithuania (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 45 f. und Sabeh El Leil v. France (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 40 f.

³⁹⁰ Eingehend zur Garantie GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 483 ff. und NOWAK, CCPR Commentary, Art. 2, Rz. 62 ff. je m.H. auf die Praxis.

³⁹¹ Vgl. FRANCIS GEOFFREY JACOBS/ROBIN C.A. WHITE/CLARE OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5. Aufl. Oxford etc. 2010, S. 135 und Art. 2 Abs. 3 lit. b Pakt II.

³⁹² Siehe z.B. EGMR, Bozkir v. Turkey, 24589/04 (2013), Ziff. 78; Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia, 22999/06 (2012), Ziff. 46 und GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 485 m.H.

Im Ergebnis können sich Hausangestellte von Diplomatinen und ausländischen Missionen gemäss der Praxis des EGMR und des Menschenrechtsausschusses grundsätzlich auf das Recht auf Zugang zu einem Gericht berufen, wenn sie wegen Ausbeutung arbeitsrechtliche Ansprüche gegen ihre Arbeitgeber (Diplomatinen, Entsendestaat) geltend machen wollen. Soweit sie von Diplomatinen (privat) angestellt sind, steht eine klassische zivilrechtliche Streitigkeit zwischen Privaten in Frage. Der Anspruch besteht aber grundsätzlich auch bei der Beschäftigung durch den Entsendestaat, da ihre Tätigkeit keinen Bezug zur Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt aufweist³⁹³. Sie können sich zudem auch auf das Recht auf eine wirksame Beschwerde berufen.

5. Wem gegenüber kann ein Staat Menschenrechte verletzen? Jurisdiktion als Kriterium

Wem gegenüber hat ein Staat die ihn bindenden Menschenrechtsstandards einzuhalten? Oder anders formuliert, wem gegenüber kann er eine Menschenrechtsverletzung begehen? Diese Fragen entscheiden sich im Wesentlichen anhand des Kriteriums der Jurisdiktion.

Der Begriff der Jurisdiktion oder des Herrschaftsbereichs nach allgemeinem Völkerrecht umschreibt die Zuständigkeit oder Kompetenz von Staaten, hoheitlich auf Personen oder Sachverhalte einzuwirken³⁹⁴ und grenzt damit die staatlichen Zuständigkeitssphären voneinander ab. Hoheitsgewalt üben Staaten durch den Erlass von Rechtsnormen (Regelungshoheit), die Rechtsprechung (Gerichtsbарkeit) und das Durchsetzen von Rechtsnormen (Durchsetzungshoheit) aus. Jurisdiktion – gemäss dem allgemeinen völkerrechtlichen Verständnis – regelt somit, in welchem Mass Staaten Individuen und Sachverhalte ihrer Gesetzgebung, ihrer Exekutive und Rechtsprechungshoheit unterwerfen dürfen. Jurisdiktion in diesem Sinn ist Ausfluss der staatlichen Souveränität, weshalb sie im eigenen Territorium im Rahmen der völkerrechtlichen Vorschriften unbeschränkt ist (Territorialitätsprinzip). Darüber hinaus ist die Regelungs-, Rechtsprechungs- und Durchsetzungshoheit aber unterschiedlich weitreichend, weil die Herrschaftsgewalt eines Staats seine Grenze an der Souveränität und der daraus fliessenden Herrschaftsgewalt anderer Länder findet. Ein Staat darf Normen für Auslandsachverhalte erlassen (Regelungshoheit) und über bestimmte im Ausland zugetragene Geschehnisse gerichtlich urteilen, soweit ein genügender, das

³⁹³ Vgl. z.B. EGMR, *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 37 ff.

³⁹⁴ Dazu z.B. eingehend STAKER, *Jurisdiction*, S. 309 ff.; überblicksartig z.B. MPEPIL, «Jurisdiction of States», Ziff. 1 ff.

meint völkerrechtlich anerkannter, Bezug besteht³⁹⁵. Die Durchsetzung eigener Normen im Ausland ist hingegen ohne Zustimmung des betroffenen Lands ausgeschlossen (Durchsetzungshoheit). Die Jurisdiktion ist nicht ausschliesslich. Personen und Sachverhalte können folglich nach den völkerrechtlichen Regeln gleichzeitig der Jurisdiktion verschiedener Länder unterliegen³⁹⁶. Ein klassisches Beispiel für eine (im völkerrechtlich vorgesehenen Rahmen) zulässige, da auf der Zustimmung des Gastlands beruhende, Ausübung von Hoheitsgewalt im Ausland ist der Betrieb diplomatischer Missionen.

Vom allgemeinen völkerrechtlichen Begriff der Jurisdiktion ist die Jurisdiktion im menschenrechtlichen Kontext zu unterscheiden. Viele Menschenrechtsabkommen sehen ausdrücklich vor, dass die Vertragsparteien die Garantien gegenüber den ihrer Jurisdiktion («jurisdiction»/«jurisdiction») unterstehenden Personen einzuhalten haben (z.B. Art. 1 EMRK, Art. 2 KRK). Dagegen verpflichtet Pakt II die Vertragsparteien, die Konventionsrechte gegenüber allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Jurisdiktion unterstehenden Personen einzuhalten (Art. 2 Abs. 1). Andere Menschenrechtskonventionen wiederum statuieren nicht explizit, wem gegenüber die jeweiligen Garantien zu gewährleisten sind (z.B. Pakt I). Trotz der unterschiedlichen Regelungen hat sich bei den vorgenannten Menschenrechtskonventionen im Wesentlichen die Auffassung durchgesetzt, dass die Ausübung der Herrschaftsgewalt gegenüber einer Person – unabhängig vom Begehungsort des Eingriffs – letztlich das entscheidende Kriterium dafür ist, ob ein Staat an seine Menschenrechtsverpflichtungen gebunden und für Rechtsbrüche verantwortlich ist³⁹⁷. Die Staatsangehörigkeit der von einem Eingriff betroffenen Personen spielt für die Bejahung der Jurisdiktion nach Art. 1 EMRK,

³⁹⁵ Weiterführend zu diesen Bezugskriterien etwa STAKER, Jurisdiction, S. 316 ff.

³⁹⁶ Vgl. JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. Aufl., Oxford 2012.

³⁹⁷ Dies gilt auch für UNO-Pakt II: MRA, General Comment Nr. 31 (2004), Ziff. 10; MRA, *López Burgos v. Uruguay*, 52/79 (1981), Ziff. 12.1 ff.; IGH, *Legal Consequence of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, S. 136, Ziff. 108–111. Gleiches stellt dieses Gutachten auch für Pakt I (Ziff. 112) und die Kinderrechtskonvention (Ziff. 113) fest. Ebenso für Pakt I der Ausschuss für WSK-Rechte, *Concluding Observations Israel* (2011), Ziff. 3 und 8 («obligation [...] to fully guarantee and implement the Covenant rights for all persons in all territories under its effective control»). So in der Sache zusehends auch der – teils widersprüchlich und bislang nicht durchwegs überzeugend urteilende – EGMR; vgl. *Al-Skeini v. the United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), Ziff. 133–138 und *Ilaşcu v. Moldova and Russia* (GC), 48787/99 (2004), Ziff. 333. Zum Begriff der Hoheitsgewalt in *Al-Skeini* und für eine Analyse im Licht der früheren (teils abweichenden) Praxis siehe MAGDALENA JANKOWSKA-GILBERG, *Das Al-Skeini-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, eine Abkehr von Banković*, in AVR 2012, S. 61–74. Aus der Literatur zum Ganzen z.B. KÄLIN/KÜNZLI, *Menschenrechtsschutz*, Rz. 355 ff.

gemäss Pakt I und Art. 2 Abs. 1 Pakt II keine Rolle³⁹⁸. Der Menschenrechtsausschuss hat für Pakt II geklärt, dass «a State Party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party»³⁹⁹. Regelfall ist, dass ein Staat Jurisdiktion und damit Herrschaftsgewalt im eigenen Territorium ausübt und folglich gegenüber den dort befindlichen Personen an die Menschenrechte gebunden ist und Menschenrechtsverletzungen begehen kann (Territorialitätsprinzip⁴⁰⁰). Insoweit ist die Ausübung von Hoheitsgewalt und damit die Jurisdiktion gewöhnlich deckungsgleich mit dem Staatsgebiet⁴⁰¹. Dieser Grundsatz vermag indes die Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen nicht umfassend abzudecken, da Staaten ausnahmsweise auch im Ausland hoheitlich handeln oder im Inland begangene Akte direkte Wirkungen auf Personen im Ausland zeitigen⁴⁰². Daher ergeben sich in zweierlei Richtungen Abweichungen vom Grundsatz der Bindung an die Menschenrechte im eigenen Staatsgebiet.

Zum einen ist ein Staat auch an seine Menschenrechtsverpflichtungen gebunden, soweit er ausserhalb seines Territoriums Herrschaftsgewalt durchsetzt. Die Jurisdiktion wird bejaht, wenn er die effektive Kontrolle über ein ausländisches Gebiet oder – auch ohne effektive Gesamtkontrolle über ein bestimmtes Gebiet – im Einzelfall Autorität oder Kontrolle über einzelne Personen oder Situationen ausübt⁴⁰³. In letzterer Situation ist in der Praxis noch nicht abschliessend geklärt, wie stark die Kontrolle oder der Einfluss eines Staats im Einzelfall über oder auf ein Individuum auf ausländischem Territorium sein muss, damit die Jurisdiktion bejaht wird⁴⁰⁴. Dies lässt sich nicht generell, sondern nur in Hin-

³⁹⁸ MRA, General Comment Nr. 31 (2004), Ziff. 10; JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 1, Rz. 3.

³⁹⁹ MRA, General Comment Nr. 31 (2004), Ziff. 10.

⁴⁰⁰ Vgl. z.B. IGH, Legal Consequence of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, S. 136, Ziff. 109.

⁴⁰¹ Der Begriff der Jurisdiktion im menschenrechtlichen Kontext ist sehr umstritten. Für eine Darstellung unterschiedlicher Lehrmeinungen statt vieler MAGDALENA JANKOWSKA-GILBERG, Extraterritorialität, S. 122 ff.

⁴⁰² Dazu KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 388 f.

⁴⁰³ EGMR, *Catan v. Moldova and Russia* (GC), 43370/04, 8252/05 und 18454/06 (2012), Ziff. 105 ff.; *Al-Skeini v. the United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), Ziff. 133–138; vgl. auch MRA, General Comment Nr. 31 (2004), Ziff. 10.

⁴⁰⁴ Der EGMR bejaht die Jurisdiktion (Herrschaftsbereich) im Sinn von Art. 1 EMRK, wenn ein Staat mittels seiner Organe im Ausland «control and authority over an individual» ausübt (*Al-Skeini v. the United Kingdom* [GC], 55721/07 [2011], Ziff. 137). Soweit es um physische Gewalt geht, erachtet der Gerichtshof die Jurisdiktion jedenfalls als gegeben, wenn ein Individuum im Ausland festgenommen oder sich in einem durch den aus-

blick auf die geltend gemachten Rechtsverletzungen beurteilen. Jurisdiktion im menschenrechtlichen Sinn üben Staaten im Ausland insbesondere durch ihr dort eingesetztes diplomatisches und konsularisches Personal aus; es ist denn auch unbestritten, dass sie für durch dieses begangene Menschenrechtsverletzungen einzustehen haben (z.B. Weigerung, einem Staatsangehörigen einen Pass auszustellen oder willkürlicher Widerruf des Passes)⁴⁰⁵. Ob ein Land im Einklang mit dem Völkerrecht oder rechtswidrig im Ausland Herrschaftsgewalt ausübt, ist unerheblich, da die Jurisdiktion im menschenrechtlichen Kontext an die tatsächliche Ausübung von Hoheitsgewalt anknüpft⁴⁰⁶. Der menschenrechtliche Jurisdiktionsbegriff ist folglich weiter gefasst als jener nach allgemeinem Völkerrecht, der wie vorangehend ausgeführt, die Kompetenz zur Ausübung der Hoheitsgewalt meint und damit nur die völkerrechtskonforme Wahrnehmung staatlicher Hoheitsgewalt erfasst⁴⁰⁷. Aus dem Gesagten ergibt sich überdies, dass die Jurisdiktion nicht umfassend zu sein braucht, sondern nur spezifische Personen und Situationen im Ausland betreffen kann⁴⁰⁸.

In gegenläufiger Richtung kann ein Land, das die Kontrolle über sein Staatsgebiet oder Teile davon verloren hat, mitunter nicht für Menschenrechtsverletzungen im eigenen Territorium zur Verantwortung gezogen werden. Es hat grundsätzlich nicht für die Handlungen anderer Akteure als seiner Organe (fremde Staaten bei einer Besetzung, Aufständische) einzustehen. Inwieweit beim Kontrollverlust über Teile des Territoriums die Verantwortlichkeit entfällt, ist wiederum differenziert und in Hinblick auf die konkreten Umstände zu beurteilen⁴⁰⁹. Kontrollieren beispielsweise Aufständische einen Teil des Territoriums

ländischen Staat kontrollierten Gefängnis befindet (Ziff. 136 m.H.). Widersprüchlich hat sich der EGMR bislang zur Frage geäußert, ob auch ein Bombardement aus der Luft oder eine gezielte Tötung einer Person (ohne Festnahme) als Jurisdiktion im Sinn von Art. 1 EMRK zu deuten ist; bejahend: *Pad v. Turkey*, 60167/00 (2007), Ziff. 54. In *Banković v. Belgium* ([GC], 52207/99 [2002], Ziff. 74 ff.) hat der EGMR dies für Bombardierungen aus der Luft noch zu Unrecht verneint. Das Urteil ist jedoch seit *Al-Skeini* weitgehend überholt. Vgl. zu diesem Problemkreis auch KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 369 f. m.H.

⁴⁰⁵ Z.B. *MRA, M.M.Q v. Uruguay*, 125/1982 (1984), Ziff. 6.1; *Varela Nunez v. Uruguay*, 108/1981 (1983), Ziff. 6.1; EGMR, *Al-Skeini v. the United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), Ziff. 134; KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 375.

⁴⁰⁶ KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 369; EGMR, *Issa v. Turkey*, 31821/96 (2004), Ziff. 69; *Pad v. Turkey*, 60167/00 (2007), Ziff. 53. Für Pakt II siehe NOWAK, CCPR Commentary, Art. 2, Rz. 29.

⁴⁰⁷ So auch JANKOWSKA-GILBERG, Extraterritorialität, S. 137 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. z.B. *MRA, Gueye v. France*, 96/1985 (1989), Ziff. 9.4.

⁴⁰⁹ Vgl. EGMR, *Catan v. Moldova and Russia* (GC), 43370/04 (2012), Ziff. 109 f.; *Al-Skeini v. the United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), Ziff. 132 und *Azemi v. Serbia*, 11209/09 (2013), Ziff. 41 ff.

und malträtieren die Bevölkerung, können allfällige Exekutionen dem Staat nicht zugerechnet werden. Er verfügt zwar in einer solchen Situation nach wie vor über die Jurisdiktion im allgemeinen völkerrechtlichen Sinn, das heisst die rechtliche Befugnis zur Ausübung der Hoheitsgewalt. Aufgrund des Verlusts der *De-facto*-Kontrolle ist er dazu aber nur beschränkt in der Lage und kann zum Beispiel nicht eine Verletzung des Rechts auf Leben, soweit die Unterlassungspflicht betreffend, begehen. Das bedeutet aber nicht automatisch, dass er zugleich von den ihm obliegenden positiven Menschenrechtsverpflichtungen aus dem Recht auf Leben entbunden ist und diese nicht mehr verletzen kann⁴¹⁰. Beispielsweise bliebe er verpflichtet, gegen einen verhafteten Aufständischen, der willkürlicher Exekutionen beschuldigt wird, ein Strafverfahren durchzuführen. Bei der Beurteilung, ob ein Land in einer solchen Situation seinen Menschenrechtsverpflichtungen nachgekommen ist, sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen, da einem Staat nicht Unmögliches abverlangt werden darf⁴¹¹. Aus den vorangehenden Ausführungen folgt zugleich, dass eine Person oder ein Sachverhalt gleichzeitig der Jurisdiktion mehrerer Staaten unterstehen kann⁴¹².

Zusammenfassend gilt somit, dass ein Staat die ihn bindenden Menschenrechte nicht gegenüber allen, sondern nur gegenüber den in seiner Jurisdiktion befindlichen Personen gewährleisten muss (und kann) und auch nur ihnen gegenüber eine Menschenrechtsverletzung begehen kann. Das ist schlüssig, da die Menschenrechte als Korrektiv zum staatlichen Gewaltmonopol konzipiert wurden. Die menschenrechtliche Jurisdiktion knüpft an die tatsächliche Ausübung der Hoheitsgewalt an und ist damit weiter als die allgemein völkerrechtliche, welche sich nur auf die völkerrechtskonforme Ausübung der Hoheitsgewalt bezieht. Für die menschenrechtliche Jurisdiktion ist folglich unerheblich, ob ein Staat zur Ausübung von Hoheitsgewalt befugt ist und wo (In- oder Ausland) er sie ausübt. Bedeutungslos ist grundsätzlich auch die Nationalität der von einem Eingriff tangierten Personen. Im Ergebnis ist für die Bejahung der menschenrechtlichen Jurisdiktion (Herrschaftsbereich) betreffend die Unterlassungspflichten ausreichend, dass ein Land – in Hinblick auf die konkret betroffene Person oder Situation und die in Frage stehenden Menschenrechte – faktisch in der Lage ist, seine Staatsmacht auszuüben und einen Eingriff in die konkret in Frage stehenden, von ihm vertraglich eingegangenen Menschen-

⁴¹⁰ In diesem Sinn EGMR, *Ilașcu v. Moldova and Russia* (GC), 48787/99 (2004), Ziff. 331. Zur Notwendigkeit zu differenzieren auch KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 362 f.

⁴¹¹ Vgl. EGMR, *Ilașcu v. Moldova and Russia* (GC), 48787/99 (2004), Ziff. 332.

⁴¹² Vgl. z.B. EGMR, *Catan v. Moldova and Russia* (GC), 43370/04 (2012), Ziff. 109 f. und 121 ff.

rechtsverpflichtungen (Eingriff in den Schutzbereich) zu begehen. Bei positiven Verpflichtungen ist zusätzlich vorausgesetzt, dass ein ausreichender faktischer und/oder rechtlicher Bezug zwischen dem Staat und der zu beurteilenden Situation besteht, sodass eine grundsätzlich anerkannte Handlungspflicht für ihn überhaupt ausgelöst wird. Eine Person oder ein Sachverhalt kann zugleich der menschenrechtlichen Jurisdiktion mehrerer Länder unterstehen.

Fehlt die Jurisdiktion im menschenrechtlichen Sinn, kann ein Staat nicht für eine Menschenrechtsverletzung verantwortlich gemacht werden⁴¹³. Verfahrensrichtlich findet keine materielle Prüfung statt und eine Beschwerde vor internationalen Gerichten oder gerichtsähnlichen Instanzen wird für unzulässig (*ratione personae*) erklärt⁴¹⁴.

III. Menschenrechtspflichten des Gaststaats Schweiz gegenüber dem Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten

Inwiefern ist die Schweiz gegenüber den hier tätigen Hausangestellten von ausländischen Missionen und Diplomaten an die Menschenrechte gebunden und kann ihnen gegenüber diese Garantien verletzen? Anders formuliert, wie steht es um die menschenrechtliche Jurisdiktion der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbeutung von dienstlichen und privaten Hausangestellten?

Die Antwort lautet meines Erachtens, dass die menschenrechtliche Jurisdiktion der Schweiz und anderer Gaststaaten gegenüber den Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten im gleichen Umfang zu bejahen ist wie gegenüber den anderen auf ihrem Territorium befindlichen Personen. Folglich hat sie ihnen gegenüber grundsätzlich sämtliche Menschenrechtsgarantien zu beachten und kann für deren Verletzung zur Verantwortung gezogen werden⁴¹⁵.

Das leuchtet bei den Unterlassungspflichten ohne Weiteres ein, weil die menschenrechtliche Jurisdiktion wie vorangehend erläutert an die tatsächliche Ausübung von Hoheitsgewalt anknüpft. Die Schweiz verfügt über die faktische Möglichkeit, gegenüber dienstlichen und privaten Hausangestellten Hoheitsgewalt auszuüben, da sie sich in der Schweiz aufhalten und hier ihrer Tätigkeit

⁴¹³ EGMR, *Al-Skeini v. the United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), Ziff. 130.

⁴¹⁴ Vgl. z.B. EGMR, *Banković v. Belgium* (GC), 52207/99 (2002).

⁴¹⁵ Diese Einschätzung steht im Einklang mit der (impliziten) Praxis des EGMR und des MRA zur Auswirkung der Staatenimmunität auf die Jurisdiktion der Vertragsparteien. Vgl. dazu auch S. 201 f.

nachgehen. Soweit die Schweiz von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hat sie die Menschenrechte zu beachten. Ob die Durchsetzung der Hoheitsgewalt völkerrechtskonform ist, ist dagegen irrelevant⁴¹⁶. Nimmt die Schweiz beispielsweise – in Verstoß gegen das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen – eine Diplomatin fest oder – im Einklang mit dem diplomatischen Recht – einen privaten oder dienstlichen Hausangestellten, der sich an einer Schlägerei beteiligt, darf sie die (zu Recht oder unrechtmässig) Festgenommenen nicht unmenschlich oder erniedrigend behandeln. Tötet sie aus Versehen bei einem Polizeieinsatz eine dienstliche oder private Hausangestellte (oder eine ausländische Diplomatin), greift sie unrechtmässig in deren Privatsphäre ein oder erfolgt eine willkürliche Festnahme, so hat sich die Schweiz für die entsprechenden Widerhandlungen zu verantworten. Das heisst, die menschenrechtliche Jurisdiktion und folglich die Menschenrechtsbindung der Schweiz (und anderer Gaststaaten) soweit die Unterlassungspflichten betreffend, ist gegenüber den auf ihrem Territorium tätigen Hausangestellten von ausländischen Vertretungen und Diplomatinen nicht eingeschränkt.

Aus der Sicht des Gaststaats sind bei der Ausbeutung von dienstlichen oder privaten Hausangestellten jedoch nicht Unterlassungspflichten, sondern allenfalls positive Menschenrechtspflichten betroffen. Grund hierfür ist, dass die Rechtsverstösse durch Diplomatinen und Diplomaten und deren Angehörige sowie allenfalls durch weiteres Missionspersonal und somit aus der Sicht der Schweiz durch Dritte begangen werden. Dies gilt unbesehen davon, ob die Ausbeutung dem Entsendestaat zuzurechnen ist.

Von Bedeutung ist, dass die Hausangestellten in der Schweiz tätig sind und ausgebeutet werden, sodass ein enger faktischer und rechtlicher Bezug besteht und überhaupt positive Verpflichtungen der Schweiz ihnen gegenüber ausgelöst werden. Dass Hausbedienstete der Missionen, soweit sie nicht ständig hier ansässig sind und nicht das Schweizer Bürgerrecht besitzen, für ihre dienstlichen Tätigkeiten Immunität geniessen⁴¹⁷, entbindet den Gaststaat nicht von seiner Pflicht, zur Durchsetzung ihrer Menschenrechte positive Massnahmen zu ergreifen⁴¹⁸. Dadurch wird nur die Möglichkeit eingeschränkt, dienstliche Hausangestellte gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen. Allerdings ist im Zusammenhang mit den positiven Menschenrechtsverpflichtungen der besondere Status

⁴¹⁶ Namentlich hat auch keinen Einfluss auf die menschenrechtliche Jurisdiktion, dass Hausangestellte ausländischer Missionen für ihre dienstlichen Tätigkeiten unter Umständen Immunität geniessen (Art. 37 Abs. 3 WÜD).

⁴¹⁷ Art. 37 Abs. 3 WÜD.

⁴¹⁸ Ebenso wenig ist die Schweiz wegen der Immunität und Unverletzlichkeit ausländischer Diplomatinen diesen gegenüber von der Erfüllung ihrer positiven menschenrechtlichen Verpflichtungen entbunden (z.B. Schutz gegen Übergriffe Dritter, Zugang zum Gericht).

der Täterschaft, konkret der für die Rechtsverstösse verantwortlichen Diplomatinnen, weiteren Missionsangestellten sowie des Entsendelands zu berücksichtigen. Das diplomatische Recht verbietet es dem Gaststaat, ohne Zustimmung des Entsendelands bestimmte hoheitliche Handlungen vorzunehmen, die aus menschenrechtlicher Sicht in Ausbeutungssituationen gewöhnlich gefordert sein können. Das betrifft vorab Festnahmen von Diplomaten (Unverletzlichkeit der Person), Gerichtsprozesse (diplomatische Immunität) oder das Eindringen in die Residenz von Diplomaten oder die ausländische Mission (Unverletzlichkeit der Mission und der Residenz). Beispielsweise untersagt es das diplomatische Recht, dass die Schweiz ohne Zustimmung des Entsendestaats – wie es das Recht auf Leben, das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, das Recht auf Privatheit (körperliche Unversehrtheit) oder das Sklavereiverbot gegenüber Täterinnen und Tätern ohne Diplomatenstatus an sich vorschreibt – nach der Tötung einer Hausangestellten oder bei körperlichen Misshandlungen die (mutmasslich) fehlbaren Diplomatinen festnimmt, sie vor Gericht stellt und eine Untersuchung durchführt.

Dass die Schweiz gemäss dem diplomatischen Recht und dem Staatenimmunitätsrecht bestimmte hoheitliche Handlungen gegenüber dem diplomatischen Personal, weiteren Missionsangestellten und allenfalls dem Entsendestaat nur mit dessen Zustimmung vornehmen darf, führt nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht dazu, dass der Schweiz (und anderen Gaststaaten) die menschenrechtliche Jurisdiktion betreffend die positiven Menschenrechtsverpflichtungen gegenüber dem auf ihrem Staatsgebiet tätigen Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten abzusprechen wäre⁴¹⁹. Zwar ist allgemein anerkannt, dass Schutzpflichten sich nicht auf völkerrechtlich unzulässige Massnahmen erstrecken⁴²⁰. In Bezug auf völkerrechtlich verpönte Massnahmen fehlt es dem

⁴¹⁹ So im Ergebnis implizit auch der EGMR und der MRA. Beide prüfen z.B. beim Recht auf Zugang zu einem Gericht, ob die Gewährung der Staatenimmunität einen Rechtfertigungsgrund dafür darstellt, dass der Gerichtsstaat auf eine materielle Beurteilung eines zivilrechtlichen Anspruchs verzichten darf. Damit anerkennen sie seine Jurisdiktion. Andernfalls wäre auf die Beschwerde wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht (mangels Jurisdiktion) nicht einzutreten. Die Literatur spricht hingegen in solchen Konstellationen dem Gaststaat vereinzelt die Jurisdiktion ab und macht entsprechend geltend, der EGMR bzw. MRA würde diesfalls zu Unrecht auf Beschwerden wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht eintreten. Siehe zur Praxis S. 180 ff. und zur Lehre S. 198 ff.

⁴²⁰ Siehe etwa SEIBERT-FOHR, Völkerrechtliche Verantwortung, S. 56 m.H. Im Verhältnis zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz ergeben sich aus dem älteren Normkomplex (diplomatisches Recht, Immunitätsrecht) Einschränkungen für den neueren Normkomplex (Menschenrechte). Dass menschenrechtliche Schutzpflichten nicht völkerrechtlich verbotenes Handeln umfassen, ändert nichts an der Dringlichkeit, die aus dem älteren Normbereich abgeleiteten Verbote im Licht der Anerkennung neuer völker-

Gaststaat daher grundsätzlich an der Möglichkeit zum Eingreifen, das heisst, das «Können» wird ihm abgesprochen. Obschon das diplomatische Recht regelmässig die effizientesten Massnahmen (Zwangsmassnahmen, gerichtliches Vorgehen) zum Schutz vor Ausbeutung von der Zustimmung des Entsendelands abhängig macht, sind deswegen die Handlungsoptionen der Schweiz zum Schutz der Hausangestellten nicht erschöpft. Denkbar sind etwa als weitere – nicht von der Zustimmung des Entsendestaats abhängige – Handlungsmöglichkeiten diplomatische Interventionen des Aussendepartements beim Entsendeland, die darauf abzielen Misshandlungen zu beenden oder eine finanzielle Entschädigung zu erreichen, das Ausüben von Druck, um die Ausreise der verantwortlichen Diplomtinnen zu bewirken, die Androhung einer Erklärung zur *persona non grata* in schweren Fällen, das Aussprechen eines Verbots für eine gewisse Zeit Hausangestellte zu beschäftigen, das Bereitstellen (aussergerichtlicher) Schlichtungsmechanismen, der Erlass von Vorschriften mit dem Ziel, die Ausbeutung privater und dienstlicher Hausangestellter zu verhindern, die Entschädigung ausgebeuteter Hausangestellter durch die Schweiz oder einen Fonds, die Unterstützung von Bediensteten, die aus ihrem Arbeitsverhältnis fliehen (Notunterkunft, Weitervermittlung an anderen Arbeitgeber etc.). Es wäre meines Erachtens unvereinbar mit dem Zweck der Menschenrechte und dem insbesondere in der Rechtsprechung des EMGR solid verankerten Prinzip, wonach die EMRK als effektives Instrument auszulegen ist⁴²¹, dass dem Gaststaat die menschenrechtliche Jurisdiktion hinsichtlich der positiven Verpflichtungen abgesprochen würde, weil das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht bestimmte (positive) Massnahmen von der Zustimmung des Entsendestaats abhängig machen. Wenn die menschenrechtlich an sich geforderten – effizientesten – positiven Massnahmen mangels Zustimmung des Entsendelands nicht ergriffen werden dürfen (fehlen des Können), ermächtigt das den Gaststaat nicht dazu, untätig zu bleiben. Vielmehr ist den Menschenrechten grundsätzlich (mindestens) eine Pflicht zu entnehmen, alternative Massnahmen zu ergreifen, um soweit als machbar den Zustand herzustellen, der mit den an sich geforderten Massnahmen erreicht worden wäre (d.h. möglichst weitgehende Durchsetzung der Rechte der ausgebeuteten Hausangestellten etwa bezüglich der Entschädigung). Da die Schweiz als Gastland wie vorangehend erläutert über eine Vielzahl von Handlungsoptionen verfügt, um zwecks Durchsetzung der Menschenrechte von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten aktiv zu werden, ist ihre menschenrechtliche

rechtlicher Interessen (Menschenrechtsschutz) kritisch auf ihre Notwendigkeit und Verbindlichkeit zu hinterfragen.

⁴²¹ Siehe z.B. EGMR, R.P. v. the United Kingdom, 38245/08 (2012); Seyidzade v. Azerbaijan, 27700/05 (2009), Ziff. 33; Dubetska v. Ukraine, 30499/03 (2011), Ziff. 144.

Jurisdiktion auch soweit die positiven Menschenrechtsverpflichtungen betreffend, zu bejahen. Diese ist namentlich auch bezüglich des Rechts ausgebeuteter dienstlicher und privater Hausangestellter auf Zugang zu einem Gericht bei zivilrechtlichen Streitigkeiten und auf eine wirksame Beschwerde gegeben, da auch Verfahrensgarantien positive Verpflichtungen des Gastlands darstellen.

Ob der Verzicht auf die Massnahmen, die das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht ohne Zustimmung des Entsendestaats untersagen, aus menschenrechtlicher Sicht den Eingriff rechtfertigen, oder welche alternativen Massnahmen der Gaststaat ergreifen muss, um seinen positiven Verpflichtungen nachzukommen, ist keine Frage der Jurisdiktion, sondern der Schranken der Menschenrechte, welche durch die Menschenrechtsorgane spezifisch mit Blick auf den Einzelfall und die betroffene Garantie zu beantworten ist⁴²². Weil die menschenrechtliche Jurisdiktion auch bezüglich der positiven Verpflichtungen gegeben ist, haben der EGMR und der Menschenrechtsausschuss auf solche Beschwerden einzutreten und materiell zu prüfen, ob und welche (allenfalls alternativen) Handlungspflichten bestehen und ob sie der betroffene Staat erfüllt hat oder zu Unrecht untätig geblieben ist.

Im Ergebnis gilt somit, dass der Schweiz und anderen Gastländern gegenüber den auf ihrem Staatsgebiet tätigen Hausangestellten von Diplomatinen und diplomatischen Vertretungen Jurisdiktion im menschenrechtlichen Sinn zusteht. Damit sind sie grundsätzlich an alle (negativen und positiven) Menschenrechtsverpflichtungen gebunden und können für allfällige Verletzungen zur Verantwortung gezogen werden. Die Schweiz hat folglich gegenüber privaten und dienstlichen Hausangestellten dieselben Menschenrechte einzuhalten wie gegenüber allen anderen sich in der Schweiz aufhaltenden Personen. Von der menschenrechtlichen Jurisdiktion und der Bindung an die Menschenrechte ist die Frage zu unterscheiden, ob gewisse Grundsätze des diplomatischen Rechts (diplomatische Immunität, Unverletzlichkeit der Mission, der Person und der Residenz) und des Staatenimmunitätsrechts das Nichterfüllen (bestimmter) positiver Menschenrechtsverpflichtungen rechtfertigen können, die gegenüber Personen ohne Diplomatenstatus eingehalten werden müssen.

⁴²² Vgl. dazu auch S. 225 ff. und 296 ff.

IV. Menschenrechtspflichten des Entsendelands gegenüber dem Hauspersonal seiner Mission und Diplomaten

1. Verantwortlichkeit des Entsendestaats für Rechtsverstöße gegenüber dem Hauspersonal seiner Mission und seiner Diplomaten

Wie weiter vorne dargelegt wurde, ist die menschenrechtliche Jurisdiktion nicht *per definitionem* ausschliesslich, sodass eine bestimmte Situation die menschenrechtliche Verantwortlichkeit mehrerer Länder auslösen kann. Damit stellt sich die Frage, ob bei Rechtsverstössen gegen Hausangestellte ausländischer Missionen und Diplomaten neben der menschenrechtlichen Verantwortlichkeit des Gaststaats (für positive Verpflichtungen) zugleich jene des Entsendelands betroffen sein kann.

Soweit Diplomatinen und Diplomaten und allenfalls weitere Missionsangestellte *dienstliches Hauspersonal* im Rahmen ihrer beruflichen Funktionen in menschenrechtlich relevanter Weise ausbeuten, ist ihr Verhalten dem Entsendestaat zuzurechnen. Er begeht folglich einen Menschenrechtsverstoß, für den er sich zu verantworten hat (Verletzung von *Unterlassungspflichten*). Beispielsweise verletzt der Entsendestaat das Recht auf Bewegungsfreiheit eines dienstlichen Hausangestellten, wenn ihm der Botschafter – allenfalls weisungswidrig – verbietet, das Missionsgelände zu verlassen, damit er rund um die Uhr verfügbar ist. Weiter kann der Entsendestaat gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal *positive Menschenrechtspflichten* missachten. Hat er zum Beispiel Kenntnis von der Vergewaltigung einer dienstlichen Hausangestellten durch den Botschafter (ein ihm nicht zurechenbares Verhalten) und untersucht er den Vorfall nicht, besteht überdies im Entsendestaat keine Möglichkeit, diesen straf- und zivilrechtlich zur Verantwortung ziehen, und verzichtet der Entsendestaat auch im Gastland nicht auf die Immunität, sodass auch hier keine Strafverfolgung möglich ist, so verstösst er dadurch – wenn er die EMRK und Pakt II ratifiziert hat – gegen seine positive Verpflichtungen aus dem Recht auf Privatleben (körperliche Unversehrtheit) oder je nach den Umständen aus dem Verbot unmenschlicher Behandlung⁴²³. Im Ergebnis kann der Entsendestaat bei der menschenrechtlich relevanten Ausbeutung seiner dienstlichen Hausangestellten (durch eigenes Missionspersonal) positive und negative Menschenrechtsverpflichtungen verletzen. Die Missachtung von Unterlassungspflichten setzt voraus, dass ihm das ausbeuterische Verhalten des diplomatischen Personals zurechenbar ist. Die Verletzung positiver Verpflichtungen durch den Entsendestaat

⁴²³ Entsprechende, durch seine Angestellten auf dem Missionsgelände begangene Vorfälle unterstehen der Jurisdiktion des Entsendelands.

steht dagegen auch bei ihm nicht zurechenbaren (d.h. privatem) ausbeuterischen Verhalten gegenüber dienstlichen Hausangestellten in Frage.

Anders verhält es sich bei den *privaten Hausangestellten*⁴²⁴. Sie sind von den Diplomaten persönlich angestellt und erbringen grundsätzlich keine Dienste für den Entsendestaat. Entsprechend besteht lediglich ein indirekter Bezug zum Entsendestaat über den Umstand, dass die Arbeitgeber der privaten Hausbediensteten dessen Angestellte sind. Da ihm das private Verhalten von Diplomatinnen und weiteren Missionsangestellten nicht zurechenbar ist, spielt die Verletzung von *Unterlassungspflichten* durch den Entsendestaat bei der Ausbeutung privater Hausangestellter durch Diplomatinen und weiteres Missionspersonal keine Rolle⁴²⁵. Aufgrund des praktisch inexistenten rechtlichen und faktischen Bezugs zwischen dem Entsendestaat und der Ausbeutung von privaten Hausangestellten durch seine Diplomaten im Gastland, könnte fraglich erscheinen, inwiefern dieser mit Blick auf *positive Menschenrechtsverpflichtungen* überhaupt über die nötige menschenrechtliche Jurisdiktion verfügt. Der entscheidende Anknüpfungspunkt stellt jedoch die Möglichkeit des Entsendestaats dar, im Gastland auf die Immunität und andere Privilegien der fehlbaren Diplomatinen zu verzichten und damit über den Zugang zum Rechtsschutz des privaten Hauspersonals im Gaststaat zu entscheiden. Können beispielsweise ausgebeutete private Hausangestellte – namentlich aus Drittstaaten – im Entsendestaat keinen Straf- und Zivilrechtsschutz erlangen (fehlender Rechtsweg) und verzichtet der Entsendestaat im Gastland trotzdem nicht auf die Immunität der fehlbaren Diplomatinen, dürfte jedenfalls bei schweren Verletzungen fundamentaler Menschenrechtsgarantien (insb. Recht auf Leben, Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, Anspruch auf körperliche Unversehrtheit) eine Zuwiderhandlung gegen die aus diesen Garantien fließenden positiven Pflichten durch den Entsendestaat zu bejahen sein. Das bedeutet im Ergebnis, dass der Entsendestaat – soweit seine Jurisdiktion zu bejahen ist – in beschränktem Umfang auch gegenüber im Gastland ausgebeuteten privaten Hausangestellten positive Menschenrechtspflichten verletzen kann.

⁴²⁴ Zur besonderen Stellung der in der Residenz der Botschafter tätigen Angestellten siehe S. 117.

⁴²⁵ In Ausnahmesituationen ist dies dennoch möglich. Wird bspw. eine private Hausangestellte jahrelang von einem Diplomaten in sklavereiähnlichen Zuständen gehalten und missbraucht, und lässt der Entsendestaat die Hausangestellte (durch eigene Agenten) umbringen und verschwinden oder entführt er sie und bringt sie gegen ihren Willen in den Entsendestaat zurück, um zu verhindern, dass der Skandal im Gastland bekannt wird, verstößt er gegen menschenrechtliche Unterlassungspflichten namentlich aus dem Recht auf Leben und der Bewegungsfreiheit.

Zu differenzieren ist schliesslich in zweierlei Hinsicht bei den *in der Residenz der Missionschefinnen tätigen Bediensteten*. Dieses Personal wird teils durch den Entsendestaat selber angestellt. Trifft dies zu und beutet der Botschafter die Hausangestellte im Rahmen seiner dienstlichen Vorgesetztenfunktion aus, liegt eine dem Entsendestaat zurechenbare Handlung und folglich allenfalls eine Verletzung seiner Unterlassungspflichten vor. Hat das in der Residenz der Missionschefinnen tätige Hauspersonal den Arbeitsvertrag hingegen mit diesen selber abgeschlossen, handelt es sich um private Hausangestellte, sodass die Ausbeutung dem Entsendestaat an sich nicht zurechenbar ist. Dieser kann folglich grundsätzlich gegenüber den privaten Hausangestellten keine Unterlassungspflichten verletzen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein Teil der Missionschefs in der Residenz offizielle Veranstaltungen wie zum Beispiel Arbeitsessen durchführt, bei denen sie nicht als Privatperson auftreten. Private Hausangestellte arbeiten regelmässig auch an solchen Anlässen, etwa um das Essen zu servieren oder als Köchin. Überdies werden sie auch für offizielle Anlässe in der Mission eingesetzt. Schlägt beispielsweise der Botschafter die Köchin, weil er mit dem Essen für eine offizielle Veranstaltung unzufrieden war, so handelt er diesfalls nicht als Privatperson, sondern im Rahmen seiner dienstlichen Funktion. Dieses Verhalten könnte dem Entsendestaat demnach zugerechnet werden. Beim Hauspersonal in der privaten Residenz ist folglich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, ob ein Rechtsverstoss der Missionschefin im Rahmen ihrer dienstlichen Funktionen für den Entsendestaat erfolgte oder als private Handlung zu werten ist. Unter Umständen ist somit eine Zurechnung denkbar⁴²⁶, sodass das Entsendeland insoweit gegenüber diesen Hausangestellten auch Unterlassungspflichten verletzen kann. Schutzpflichten ihnen gegenüber obliegen ihm in beschränktem Mass, soweit ihm Jurisdiktion zukommt⁴²⁷.

2. Bindung des Entsendestaats an die im Gaststaat (Schweiz) geltenden Menschenrechte?

Nach welchem Massstab ist zu beurteilen, ob der Entsendestaat im Zusammenhang mit der Ausbeutung seiner dienstlichen Hausangestellten und den privaten Hausangestellten seiner Diplomatinen und Diplomaten im Gastland Menschenrechte verletzt hat? Relevant sind vorab die vom Entsendestaat ratifizierten Menschenrechtsverträge und darüber hinaus die gewohnheitsrechtlich geltenden Garantien. Daraus folgt, dass die menschenrechtlichen Verpflichtungen der in

⁴²⁶ Dazu auch S. 117.

⁴²⁷ Vgl. die Ausführungen des vorangehenden Abschnitts zu den privaten Hausbediensteten.

der Schweiz mit diplomatischen Missionen vertretenen Staaten erheblich variieren können, da einige Länder zahlreiche Abkommen ratifiziert haben, während andere praktisch keinen internationalen oder regionalen Menschenrechtsverträgen beigetreten sind. Dass die menschenrechtliche Verantwortlichkeit des Entsendestaats impliziert ist, setzt wie bereits mehrfach betont voraus, dass ihm das ausbeuterische Verhalten von Missionsangestellten zurechenbar ist (negative Verpflichtungen) oder er positiven Verpflichtungen nicht nachkommt.

Bei der Ausbeutung dienstlicher und privater Hausangestellter begeht der Entsendestaat sein (potentiell) menschenrechtswidriges Verhalten (Handeln oder Unterlassen) nicht im eigenen Staatsgebiet, sondern im Gastland. Das führt zur Frage, ob er beim Betrieb seiner diplomatischen Missionen und für sein ihm zurechenbares Missverhalten auch an die dort geltenden Menschenrechte gebunden ist. Bedeutsam ist dies vor allem wenn der Entsendestaat praktisch keine Menschenrechtsabkommen ratifiziert hat und der Menschenrechtsstandard im Gastland viel höher ist. Soweit ersichtlich besteht zu dieser Frage bislang keine Rechtsprechung. Es gibt aber Stimmen in der Literatur, die mit Fug fordern, dass Staaten bei der extraterritorialen Ausübung der Jurisdiktion im Ausland nicht nur an die eigenen, sondern auch die im jeweiligen Land geltenden Menschenrechtsverträge gebunden sind⁴²⁸. Für die Bindung des Entsendestaats an die im Gastland geltenden Menschenrechte lässt sich namentlich mit Art. 41 Abs. 1 WÜD argumentieren. Danach haben Diplomatinen und Diplomaten – soweit mit ihren Vorrechten und Immunitäten vereinbar – das Recht des Gaststaats zu beachten. Das gilt nicht nur für ihr privates, sondern auch für ihr dienstliches Handeln, das dem Entsendestaat zurechenbar ist und somit staatliches Handeln darstellt⁴²⁹. Zum Recht des Gastlands zählen nicht nur nationale Erlasse, sondern auch die von ihm ratifizierten Menschenrechtsverträge. Ausländische Staaten genießen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichen Hausangestellten in der Regel keine Gerichtsbarkeitsimmunität von der Justiz des Gaststaats. Damit würde es möglich, sogar Länder, die selber keine Menschenrechtsverträge ratifiziert haben, nach Massstab der im Gaststaat geltenden internationalen Garantien (und verfassungsrechtlichen Grundrechte) für Menschenrechtsverletzungen zur Rechenschaft zu ziehen.

⁴²⁸ KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz. 373.

⁴²⁹ DENZA, Commentary, S. 461 und ROBERTS, Satow's Diplomatic Practice, Rz. 9.56.

V. Fazit: Staatenimmunität, diplomatisches Recht und Menschenrechte als Spannungsverhältnis

Die Schweiz und andere Gaststaaten verfügen gegenüber den auf ihrem Territorium tätigen Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten über menschenrechtliche Jurisdiktion. Sie sind ihnen gegenüber daher wie gegenüber allen auf ihrem Territorium anwesenden Personen an die Menschenrechte gebunden. Die Ausbeutung von Hausbediensteten ausländischer Missionen und Diplomaten geht hauptsächlich von Diplomaten, weiteren Missionsangestellten und den Familienangehörigen von Diplomaten aus. Aus Sicht des Gastlands sind daher positive Menschenrechtsverpflichtungen angesprochen. Im Kontext der Ausbeutung relevante Garantien wie zum Beispiel das Recht auf Leben, das Verbot der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, das Sklavereiverbot und das Recht auf Privatleben (körperliche Unversehrtheit) auferlegen der Schweiz (und anderen Gaststaaten) beispielsweise die Pflicht, Personen, die durch Dritte an Leib und Leben bedroht sind oder in sklavereiähnlichen Verhältnissen gehalten werden, mit polizeilichen Mitteln zu schützen (z.B. Befreiung aus der Gefährdungssituation, Festnahme der Täterschaft). Sie ist ferner insbesondere gehalten, strafrechtlich relevantes Verhalten zu untersuchen und zu ahnden und für die Opfer eine wirksame Beschwerdemöglichkeit und den Zugang zum Gericht sicherzustellen. Diesen positiven Verpflichtungen kann sie bei der Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Vertretungen und Diplomatinen aber nicht nachkommen. Denn das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht untersagen es, Zwangsmassnahmen (z.B. Festnahmen, Hausdurchsuchungen) gegen ausländische Diplomaten und weitere geschützte Personen, ihre Residenz, die ausländischen Missionen und gegen in der Schweiz gelegenes und hoheitlichen Zwecken dienendes Eigentum anderer Länder vorzunehmen sowie Gerichtsverfahren gegen Diplomaten und weiteres Missionspersonal durchzuführen. Eine Zustimmung zur Vornahme von solchen Zwangsmassnahmen wird in der Praxis vom Entsendestaat jedoch kaum je erteilt. Formell wird der Konflikt zwischen den positiven Menschenrechtspflichten des Gastlands und dem diplomatischen Recht sowie der Staatenimmunität jedenfalls bei den Schutzpflichten aufgelöst, indem vom Gaststaat nur verlangt wird, völkerrechtlich zulässige Massnahmen zu ergreifen⁴³⁰.

Dass der Gaststaat bestimmte Massnahmen zum Schutz der Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten nicht ergreifen darf, lässt die menschenrechtliche Jurisdiktion bezüglich seiner positiven Menschenrechtsverpflichtungen ihnen gegenüber nicht entfallen: Der Gaststaat verfügt über eine

⁴³⁰ Dazu mehr in § 18–20.

Reihe von Handlungsoptionen, um ihre Interessen mit völkerrechtskonformen Mitteln zu schützen, wie beispielsweise diplomatische Demarchen beim Entsendeland, den Erlass von Vorschriften zur Vorbeugung von Ausbeutung oder die Schaffung freiwilliger Schlichtungsmechanismen. Aus den positiven Menschenrechtsverpflichtungen ist daher eine Pflicht zum Ergreifen alternativer – das heisst völkerrechtlich zulässiger – Massnahmen zu den vom Völkerrecht ausgeschlossenen abzuleiten. Trotz der formellen Ausräumung eines Konflikts zwischen den Menschenrechtsverpflichtungen des Gaststaats sowie dem diplomatischen Recht und dem Staatenimmunitätsrecht bleibt zwischen diesen beiden Normkomplexen (Immunitäten und Menschenrechte) letztlich ein materielles Spannungsverhältnis bestehen. Es liegt im Umstand, dass die Schweiz und andere Gastländer wegen dem diplomatischen Recht und dem Staatenimmunitätsrecht gegenüber den Hausbediensteten ausländischer Missionen und Diplomaten nicht denselben Menschenrechtsstandard einhalten können wie gegenüber den übrigen auf ihrem Territorium anwesenden Personen.

§ 18

Praxis des Internationalen Gerichtshofs zu den völkerrechtlichen Immunitäten

Die Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat ist nur eine spezifische Situation, in der das Spannungsverhältnis zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen und völkerrechtlichen Immunitäten zutage tritt. Es hat daher internationale Gerichte und gerichtsähnliche Instanzen in den letzten Jahren in unterschiedlichen Konstellationen beschäftigt. Welche Praxis der Internationale Gerichtshof, der Europäische Menschenrechtsgerichtshof sowie die UNO-Vertragsüberwachungsorgane dazu entwickelt haben, wird auf den folgenden Seiten analysiert und mit Blick auf Rechtsverstöße gegen Hausangestellte durch Diplomatinen und Diplomaten kritisch gewürdigt.

I. Das Urteil Deutschland gegen Italien zur Staatenimmunität (2012)

1. Faktenbasis und Prozessgeschichte

Im Verfahren Deutschland gegen Italien stand zur Beurteilung, ob Italien durch die Nichtanerkennung der Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität Deutschlands völkerrechtswidrig gehandelt hat⁴³¹. Hintergrund des Verfahrens bildet eine Zivilklage des italienischen Staatsangehörigen Ferrini. Er war im Zweiten Weltkrieg nach Nazideutschland deportiert und zur Zwangsarbeit in einer Waffenfabrik verpflichtet worden. Da er dafür nach dem Krieg keine Entschädigung erhalten hatte, verklagte er Deutschland 1998 vor italienischen Gerichten auf Schadenersatz. Der letztinstanzlich angerufene Kassationshof entschied – anders als die Vorinstanzen –, dass Deutschland im Verfahren keine Immunität beanspruchen kann⁴³². Als Grund führte er primär an, dass das aktuelle Völkerrecht den Staaten für Völkerrechtsverbrechen, die im Gerichtsstaat begangen werden, keine Staatenimmunität (mehr) gewähre. In der Folge

⁴³¹ IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99; zum Sachverhalt siehe insb. Ziff. 109 f. (nachfolgend IGH, Deutschland gegen Italien).

⁴³² Corte di Cassazione, Ferrini v. Federal Republic of Germany, 128 ILR 658.

wurde Deutschland zur Leistung von Schadenersatz an Herrn Ferrini verurteilt. Daraufhin erhoben weitere Opfer deutscher Kriegsverbrechen vor italienischen Gerichten Klage gegen Deutschland⁴³³. Überdies versuchten nach dem Ferrini-Urteil griechische Staatsangehörige ihre durch heimische Gerichte anerkannten Schadenersatzforderungen (gegen Deutschland) in Italien zu vollstrecken. Dabei handelte es sich um Angehörige von Opfern des 1944 von den deutschen Besatzungstruppen verübten Massakers im griechischen Dorf Distomo. Griechische Gerichte hatten Deutschland in den Zivilverfahren aufgrund der Schwere der Verbrechen zwar die Gerichtsbarkeitsimmunität versagt. Dennoch scheiterte die Vollstreckung, weil der griechische Justizminister die für Vollstreckungsmassnahmen gegen ausländische Staaten erforderliche Zustimmung verweigerte. Erfolglos blieben auch spätere Vollstreckungsversuche in Deutschland⁴³⁴ sowie eine Beschwerde beim Europäischen Menschenrechtsgerichtshof⁴³⁵. Dagegen erklärte die italienische Justiz die griechischen Urteile gegen Deutschland als vollstreckbar⁴³⁶. In der Folge wurden Zwangsmassnahmen gegen die im Eigentum Deutschlands stehende «Villa Vigoni» eingeleitet, welche dem deutsch-italienischen Kultur- und Wissenschaftsaustausch dient (Eintrag einer Zwangshypothek).

2. Mehrheitsmeinung

Der IGH bejaht mit überwiegender Mehrheit ein völkerrechtswidriges Verhalten Italiens. Die Gerichtsbarkeitsimmunität Deutschlands sieht er durch die materielle Beurteilung der Zivilklagen italienischer Zwangsarbeiter gegen Deutschland (Stimmenverhältnis 12:3) sowie die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der griechischen Urteile (14:1) als verletzt. Zudem verstösst nach dem IGH

⁴³³ Neben zur Zwangsarbeit deportierten Zivilpersonen handelt es sich um Angehörige von Opfern deutscher Massaker in Italien sowie um italienische Armeeangehörige, die nach Nazideutschland deportiert und ebenfalls zur Zwangsarbeit eingesetzt wurden, wobei ihnen der Kriegsgefangenenstatus verweigert wurde. Zum (fehlenden) Entschädigungsanspruch der deportierten italienischen Zivilpersonen und internierten Armeeangehörigen nach dem Gesetz zur Errichtung der Stiftung «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft» siehe BVerfG-K, in NJW 2004, S. 3257 ff. Vgl. auch EGMR, *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione v. Germany*, 45563/04 (2007).

⁴³⁴ Vgl. BVerfG-K, in NJW 2006, S. 2542 ff.; BGH, in NJW 2003, S. 3488 ff. Der BGH verweigerte die Anerkennung der Urteile mit der Begründung, dass die Immunität Deutschlands zu Unrecht verweigert worden sei und die Urteile daher völkerrechtswidrig seien.

⁴³⁵ EGMR, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 59021/00 (2002); dazu auch S. 191.

⁴³⁶ Zur Prozessgeschichte siehe IGH, *Deutschland gegen Italien*, Ziff. 34 f.

die Zulassung von Vollstreckungsmassnahmen gegen die Villa Vigoni gegen die Vollstreckungsimmunität (14:1).

Deutschland hat die Völkerrechtswidrigkeit der betroffenen Handlungen (Deportationen, Zwangsarbeit/Versklavung, Massaker) im Verfahren nicht in Abrede gestellt und der IGH wertet sie als schwerwiegende Verletzungen des in den 1940er Jahren geltenden humanitären Völkerrechts⁴³⁷. Weiter hält er fest, dass die Immunität Deutschlands nach Gewohnheitsrecht zu beurteilen ist, da mangels beidseitiger Ratifikation die Anwendung des ECSI oder des UNCSI ausscheide. Die inkriminierten Aktivitäten der deutschen Truppen stellen hoheitliche Aktivitäten dar, wobei der Gerichtshof klarmacht, dass die Qualifizierung als *acta iure imperii* oder *gestionis* nichts über ihre Rechtmässigkeit aussagt⁴³⁸. Sodann prüft er das Argument Italiens, dass die Immunitätsausnahme für im Gerichtsstaat verübte Personen- und Sachschäden (gebietsbezogene Deliktsausnahme)⁴³⁹ gewohnheitsrechtlich anerkannt sei und auch militärische Handlungen erfasse, weshalb ein Immunitätsanspruch Deutschlands für die in Italien verübten Deportationen und Massaker zu verneinen sei. Gestützt auf die Analyse der nationalen Gerichtspraxis und Immunitätserlasse sowie der massgeblichen internationalen Verträge (ECSI und UNCSI) kommt der IGH zum Schluss, dass jedenfalls für im Gerichtsstaat begangene *militärische Aktivitäten* nach wie vor ein völkergewohnheitsrechtlicher Anspruch auf Immunität besteht⁴⁴⁰. Ob darüber hinaus eine gebietsbezogene Deliktsausnahme für im Forumstaat begangene hoheitliche Handlungen gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, lässt er offen⁴⁴¹.

In einem nächsten Schritt verwirft der IGH auch das Argument Italiens, wonach sich die Schwere der verübten Völkerrechtsverletzungen – *in casu* gravierende Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht, die Völkerrechtsverbrechen konstituieren – auf die Geltung der Staatenimmunität auswirkt⁴⁴². Eine entsprechende gewohnheitsrechtliche Regel sei zurzeit nicht feststellbar. Weder die nationale Gerichtspraxis – mit Ausnahme einzelner griechischer und italienischer Urteile – noch die relevanten Immunitätsabkommen (insb. ECSI und UNCSI) würden eine Beschränkung der Staatenimmunität bei schweren Verletzungen der Menschenrechte, des humanitären Völkerrechts oder von zwingenden Völkerrechtsnormen anerkennen. Der Gerichtshof schliesst die Möglichkeit eines Konflikts zwischen der Staatenimmunität und dem *ius cogens* grundsätzlich

⁴³⁷ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 52.

⁴³⁸ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 60.

⁴³⁹ Dazu auch S. 86 ff. und 61.

⁴⁴⁰ IGH, Deutschland gegen Italien, insb. Ziff. 62 ff. und 78.

⁴⁴¹ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 65.

⁴⁴² IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 81 ff.

aus, da die Staatenimmunität verfahrensrechtlichen Charakter habe und einzig bestimme, ob staatliche Gerichte die Gerichtsbarkeit über andere Länder ausüben dürfen⁴⁴³. Das Staatenimmunitätsrecht sei losgelöst von der Rechtmässigkeit des dem Verfahren zugrunde liegenden Akts und der Frage der staatlichen Verantwortlichkeit und Entschädigungspflicht für Völkerrechtsverletzungen zu betrachten. Entsprechend werde mit der Gewährung der Immunität eine Verletzung von *ius cogens* nicht als rechtmässig anerkannt und sie stelle auch keine Beihilfe oder Unterstützung zur Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands gemäss Art. 41 des Kodifikationsentwurfs der Völkerrechtskommission über die Staatenverantwortlichkeit dar⁴⁴⁴. Die Immunität entbinde einen Staat nicht von seiner Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverletzungen⁴⁴⁵. Vielmehr beschlage die Immunität eine Eintretensfrage, welche vorweg zu beurteilen und nicht mit den materiellen Fragen zu vermengen sei⁴⁴⁶. Insbesondere betont der IGH, dass ein Abwägen zwischen dem Interesse an der Ausübung der Gerichtsbarkeit und der Gewährung der Immunität dem prozeduralen Charakter der Immunität widerspreche. Wegen des zu verneinenden Bezugs zwischen der Staatenimmunität und der Entschädigungspflicht verwirft der IGH auch das Argument Italiens, dass die italienischen Gerichte die Immunität Deutschlands zu Recht verweigert hätten, weil die Opfer keine alternativen Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche hätten⁴⁴⁷. Es bestehe keine gewohnheitsrechtliche Regel, welche die Immunität von der Verfügbarkeit alternativer Rechtsmittel abhängig mache. Der IGH räumt zwar ein, dass die Immunität Deutschlands den Opfern vorliegend den Rechtsweg versperrt, verweist aber auf die Möglichkeit, dass Italien und Deutschland bezüglich offener Entschädigungsansprüche weitere Verhandlungen führen. Nach dem IGH vermag auch eine Gesamtbetrachtung der Argumente Italiens (Schwere der Völkerrechtsverletzungen, Charakter der verletzten Normen und das Fehlen alternativer Rechtsbehelfe) die Verweigerung der Immunität durch die italienischen Gerichte nicht zu rechtfertigen.

⁴⁴³ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 92 ff. sowie 58. Vgl. zum Verhältnis von *Ius cogens*-Normen und der Gerichtsbarkeit auch IGH, Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), I.C.J. Reports 2006, S. 6, Ziff. 64 und 67.

⁴⁴⁴ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 92. Der Kodifikationsentwurf ist als Annex in der Generalversammlungsresolution UN Doc. A/RES/56/83 vom 12.12.2001 abgedruckt.

⁴⁴⁵ So schon IGH, Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), I.C.J. Reports 2008, S. 177, Ziff. 196.

⁴⁴⁶ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 106. In diesem Sinn auch IGH, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, S. 62, Ziff. 63.

⁴⁴⁷ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 98 ff.

Die Verletzung der Vollstreckungsimmunität begründet der IGH hauptsächlich damit, dass die Villa Vigoni für hoheitliche (nicht kommerzielle staatliche) Zwecke benützt wird und Deutschland nicht in die Vollstreckung eingewilligt hat⁴⁴⁸.

Schliesslich begründet der Internationale Gerichtshof wie folgt, dass die Vollstreckbarerklärung der griechische Urteile, welche Deutschland zur Bezahlung von Schadenersatz für die Distomo-Massaker verurteilen, völkerrechtswidrig sind⁴⁴⁹: Ein Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile führe im Gerichtsstaat gegebenenfalls zur Durchsetzung eines ausländischen Urteils gegen einen Drittstaat (*in casu* Deutschland). Es müsse deswegen behandelt werden wie ein direkt gegen den Drittstaat gerichtetes Gerichtsverfahren. Entsprechend dürfe der Gerichtsstaat das *Exequatur*-Verfahren nur durchführen, wenn er auch materiell über die Streitigkeit entscheiden dürfte. Dieses Erfordernis ist nur erfüllt, wenn dem Drittstaat im konkreten Fall keine Immunität zusteht. Da Deutschland für die in Frage stehenden militärischen Handlungen Immunität genießt, hätten die italienischen Gerichte das *Exequatur*-Verfahren folglich nicht durchführen dürfen.

3. Hinweis auf *dissenting* und *separate opinions*

Die Richter Yusuf, Cançado Trindade und Gaja vertreten abweichend die Meinung, dass die materielle Beurteilung der Zivilklagen durch italienische Gerichte die Gerichtsbarkeitsimmunität Deutschlands nicht verletzt habe.

Richter Cançado Trindade⁴⁵⁰ plädiert für eine Interessenabwägung und gelangt zum Schluss, dass insbesondere bei internationalen Verbrechen das Recht der Opfer auf Zugang zu einem Gericht der Staatenimmunität vorgeht. Das Recht auf Zugang zu einem Gericht im weiten Sinn umfasst seiner Ansicht nach nicht nur das Recht, ein Gerichtsverfahren anzuheben und auf ein faires Verfahren, sondern auch einen Anspruch auf ein Urteil und dessen Vollstreckung (inkl. der materiellen Entschädigung). Schwere Verstösse gegen Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht seien als Verletzung von *ius cogens* zu behandeln. Die Individuen hätten diesbezüglich einen Anspruch auf Entschädigung. Es greife zu kurz, wenn die Mehrheit mit einer formalistischen Argumentation einen Konflikt zwischen den materiellen *Ius-cogens*-Normen und der Staatenimmunität verneine. Dadurch werde das *ius cogens* seiner Wirkung beraubt. Das Recht müsse dem Schutz des Individuums und seiner Würde

⁴⁴⁸ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 117 ff.

⁴⁴⁹ IGH, Deutschland gegen Italien, Ziff. 112 ff.

⁴⁵⁰ IGH, Deutschland gegen Italien, *dissenting opinion* Richter Cançado Trindade.

dienen, die formalistisch-positivistische Argumentation der Mehrheit führe zu einer Rechtsverweigerung für die Opfer und bewirke, dass Staaten für schwerste Verbrechen der Verantwortung entgehen könnten. Dies sei unvereinbar mit elementaren Gerechtigkeitsprinzipien und der Rechtsstaatlichkeit. Staaten könnten daher für internationale Verbrechen wie Deportationen und Zwangsarbeit keine Immunität beanspruchen. Richter Cançado Trindade betont, dass das rein staatenzentrierte Verständnis der Staatenimmunität mit der Anerkennung der individuellen Menschenrechte obsolet geworden und zudem gefährlich sei, weil es rechtswidriges Verhalten fördere. Es könne vorliegend auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* (Immunität) und *acta iure gestionis* (keine Immunität) bereits punktuell durchbrochen sei (*territorial tort exception*) und damit an Verbindlichkeit eingebüsst habe. Seines Erachtens hat daher Italien durch die materielle Beurteilung der Zivilklagen, die Vollstreckbarerklärung der griechischen Urteile und die Vollstreckungsmassnahmen gegen die Villa Vigoni die Immunität Deutschlands nicht verletzt.

Richter Yusuf stellt in seiner Begründung die Überlegung in den Vordergrund, dass das Verhältnis zwischen der Gerichtsbarkeitsimmunität und schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts beziehungsweise der Menschenrechte seit geraumer Zeit Gegenstand vertiefter Diskussion in der Lehre sei und jüngst zu divergierenden Urteilen nationaler Gerichte geführt habe⁴⁵¹. Es bestehe diesbezüglich eine rechtliche Grauzone. Bei Konflikten zwischen der Gerichtsbarkeitsimmunität und den Menschenrechten sowie dem humanitären Völkerrecht sei daher eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Staatenimmunität und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde, dem Schutz vor Rechtsverweigerung und dem Recht auf Entschädigung für Verletzungen des humanitären Völkerrechts vorzunehmen. Dabei müsse im Einzelfall auch nach der Legitimität der Staatenimmunität und deren Verhältnismässigkeit gefragt werden. Ins Gewicht falle insbesondere, ob den Opfern alternative Rechtsbehelfe zur Verfügung ständen. Ergebnis dieser Abwägung ist nach Richter Yusuf, dass ein Anspruch auf Gerichtsbarkeitsimmunität ausnahmsweise zu verneinen ist, wenn Opfer schwerer Verletzungen der Menschenrechte oder des humanitären Völkerrechts keine alternativen Möglichkeiten zur Erlangung einer Entschädigung haben. Er plädiert somit nicht für eine generelle Gerichtsbarkeitsimmunitätsausnahme bei Menschenrechtsverletzungen, sondern nur in Fällen schwerer Verletzungen, in denen die Opfer keine anderen Rechtsschutzmöglichkeiten haben. Die Mehrheit laufe Gefahr, durch ihre formalistische Argumentation und die isolierte Betrachtung der Staatenimmunität völkerrechtliche Entwicklungen zum Verhältnis der

⁴⁵¹ IGH, Deutschland gegen Italien, *dissenting opinion* Richter Yusuf.

Staatenimmunität und der Menschenrechte abzuwürgen. Dies verkenne, dass auch frühere und mittlerweile allgemein anerkannte Einschränkungen der Staatenimmunität (*territorial tort exception*, arbeitsrechtliche Streitigkeiten) ursprünglich durch einzelne – anfänglich isolierte – nationale Gerichtsurteile ausgelöst worden sind.

Richter Gaja baut seine abweichende Meinung auf der gebietsbezogenen Deliktsausnahme (*territorial tort exception*) auf⁴⁵². Das Gewohnheitsrecht schreibe entgegen der Mehrheit nicht klar vor, dass militärische Handlungen im Gerichtsstaat davon ausgenommen seien. Das UNCSI wie auch die nationale Gerichtspraxis seien diesbezüglich nicht eindeutig. Nationale Gesetze zur Staatenimmunität sähen in verschiedenen Ländern eine gebietsbezogene Deliktsausnahme vor, ohne militärische Handlungen fremder Länder klar von ihrem Geltungsbereich auszunehmen. Folglich bestehe in Bezug auf die Immunität für militärische Aktivitäten im Forumstaat ein Graubereich, sodass die Staaten unterschiedliche Haltungen dazu einnehmen könnten ohne gegen Völkerrecht zu verstossen. Namentlich die Verletzung von *Ius-cogens*-Normen könne es rechtfertigen, einem Land die Gerichtsbarkeitsimmunität zu versagen. Im Verfahren Deutschland gegen Italien sei daraus der Schluss zu ziehen, dass Italien jedenfalls in einzelnen Verfahren durch die materielle Beurteilung von Zivilklagen italienischer Bürger die Gerichtsbarkeitsimmunität Deutschlands nicht verletzt habe.

Interessant ist überdies *Richter Bennounas separate opinion*⁴⁵³. Er stimmt im Ergebnis zwar mit der Mehrheit, übt aber grundsätzliche Kritik an ihrer Begründung. Seines Erachtens ist es notwendig, einen Ausgleich zwischen der Staatenimmunität und den Anliegen der Gerechtigkeit und des Rechtsschutzes zu finden. Soweit wie vorliegend internationale Verbrechen in Frage ständen, werfe die Gerichtsbarkeitsimmunität für die internationale Gemeinschaft grundlegende ethische und juristische Probleme auf. Diese lassen sich entgegen der Mehrheitsauffassung nach Richter Bennouna nicht mit der Feststellung umgehen, dass die Immunität rein prozeduralen Charakter hat. Staatliche Souveränität sei untrennbar mit staatlicher Verantwortlichkeit für den Schutz der eigenen Bevölkerung und für zurechenbare Handlungen ausserhalb des eigenen Staatsgebiets verbunden. Die Feststellung, dass die Gerichtsbarkeitsimmunität Staaten nicht von der Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverletzungen entbindet, kann seiner Ansicht nach daher nicht folgenlos bleiben. Die Berufung auf die Immunität geht mit der Pflicht einher, die Verantwortung für Völkerrechtsverletzungen zu übernehmen, denn «[s]overeign equality is only meaningful if it is

⁴⁵² IGH, Deutschland gegen Italien, *dissenting opinion Ad-hoc*-Richter Gaja.

⁴⁵³ IGH, Deutschland gegen Italien, *separate opinion* Richter Bennouna.

accompanied by equality in terms of respect for international legality.»⁴⁵⁴ Wenn ein Land, das mutmasslich Völkerrecht verletzt hat, überhaupt nicht bereit ist, seine Verantwortung wahrzunehmen, könne es daher ausnahmsweise seinen Anspruch auf Immunität verlieren. Diesfalls gehe das Recht der Individuen auf Zugang zu den Gerichten in ihrem Heimatstaat vor. Bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts könne die staatliche Verantwortlichkeit unter anderem durch Verhandlungen zwischen den Kriegsparteien wahrgenommen werden, soweit diese alle Ansprüche von Individuen abdecken. Richter Bennouna hebt in seiner Begründung ferner hervor, dass Individuen in den letzten Jahrzehnten einen zentralen Platz im Völkerrechtssystem erlangt haben und das traditionelle Souveränitätsdenken im Rückgang begriffen sei. Die Mehrheit greife diese Entwicklungen nicht auf. Vielmehr versäume sie mit ihrem «mechanischen» Verständnis der richterlichen Aufgabe, ihrer formalistischen Argumentationsweise und der isolierten Betrachtung der Staatenimmunität die Gelegenheit, den Zusammenhang zwischen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit und der Staatenimmunität herzustellen und damit die Einheit des Völkerrechts sicherzustellen. Im vorliegenden Fall sieht Richter Bennouna die Voraussetzungen für die Verneinung der Gerichtsbarkeitsimmunität Deutschlands jedoch als nicht gegeben, weil Deutschland die Rechtsverletzung einräumt, seit Ende des Krieges verschiedene Massnahmen unternommen hat, um betroffene Individuen zu entschädigen und weitere Verhandlungen mit Italien über noch ausstehende Entschädigungen nicht ausschliesst.

II. Das Urteil Kongo gegen Belgien bezüglich des Haftbefehls vom 11. April 2000 (2002)

Das Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Streitfall Kongo gegen Belgien hat die Immunität von der Strafgerichtsbarkeit eines Aussenministers zum Gegenstand⁴⁵⁵. Die Begründung lässt sich daher nicht eins zu eins auf das Verhältnis der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität zu den Menschenrechten übertragen. Die Grundproblematik ist aber im Wesentlichen vergleichbar, weshalb es dennoch aufschlussreich ist.

Der IGH erachtet die Beschwerde Kongos als begründet und bejaht mit deutlicher Mehrheit (13:3), dass Belgien durch die Ausstellung eines Haftbefehls *in absentia* gegen den damaligen kongolesischen Aussenminister Yerodia dessen

⁴⁵⁴ IGH, Deutschland gegen Italien, *separate opinion* Richter Bennouna, Ziff. 8.

⁴⁵⁵ IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), I.C.J. Reports 2002, S. 3 (nachfolgend IGH, Kongo gegen Belgien).

Immunität von der Strafgerichtsbarkeit missachtet hat. Belgien hatte hauptsächlich argumentiert, dass sich Herr Yerodia mutmasslich schwerer Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht habe und für internationale Verbrechen keine Immunität beanspruchen könne.

Die Richtermehrheit stellt zunächst fest, dass amtierende Aussenministerinnen im Ausland absolute Immunität von der Strafgerichtsbarkeit geniessen. Diese Immunität und die Unverletzlichkeit der Person schütze sie während ihrer Amtszeit vor jeglichem Hoheitsakt, der die Amtsausübung behindere⁴⁵⁶. Eine Unterscheidung zwischen Aktivitäten, die vor der Amtseinssetzung erfolgten und während des Amts verübten Handlungen sei auszuschliessen, da dadurch die für die Amtsausübung unerlässliche Reisetätigkeit behindert werde. Eine Immunitätsausnahme für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist nach dem IGH gewohnheitsrechtlich nicht anerkannt, weshalb er den belgischen Haftbefehl gegen Aussenminister Yerodia als völkerrechtswidrig einstuft. Das Gericht hebt stark hervor, dass die Immunität amtierender Aussenministerinnen und Aussenminister nicht deren Straflosigkeit bedeute. Die Immunität habe prozeduralen Charakter, während die strafrechtliche Verantwortlichkeit materieller Natur sei. Die Gerichtsbarkeitsimmunität könne die Strafverfolgung zwar vorübergehend vereiteln, entbinde die betroffene Person aber nicht von ihrer Verantwortlichkeit. So könnten amtierende Aussenministerinnen im Heimatstaat sowie unter bestimmten Umständen durch internationale Gerichte strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Zudem könne der Heimatstaat auf die Immunität verzichten. Und schliesslich sei eine strafrechtliche Verfolgung von Aussenministern nach Beendigung ihres Mandats im Ausland möglich in Bezug auf die nicht in ihrer amtlichen Funktion wahrgenommenen Aktivitäten sowie Handlungen, die sie vor dem Amtsantritt oder nach dem Ausscheiden aus dem Amt begangen haben.

Die in der Begründung und/oder im Ergebnis vom Mehrheitsentscheid abweichenden Richterinnen und Richter kritisieren vorab, dass die Mehrheit Aussenministern auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage eine sehr weitreichende (absolute) Immunität einräume, obwohl keine entsprechende Praxis oder *opinio iuris* vorhanden sei⁴⁵⁷. Als Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Person für ihre Taten rechtlich und moralisch verantwortlich sei, hätte die Immunität entgegen der Mehrheit eng ausgelegt werden müssen⁴⁵⁸. Weiter wird beanstandet, dass die Mehrheit mit einer formalistischen Argumentation und der Betonung des

⁴⁵⁶ IGH, Kongo gegen Belgien, Ziff. 51–61.

⁴⁵⁷ In diesem Sinn die *dissenting opinions* der Richter Al-Khasawneh (Ziff. 8a) und Van den Wyngaert (Ziff. 10–23); vgl. auch die *joint separate opinion* der Richter Higgins, Kooijmans und Buergenthal (Ziff. 83 f.) sowie die *dissenting opinion* Richter Oda, Ziff. 14.

⁴⁵⁸ *Dissenting opinion* Richter Al-Khasawneh, Ziff. 3 und 7.

prozeduralen Charakters der Immunität die Tatsache verdränge, dass die Anerkennung der Immunität faktisch meist zur Straflosigkeit führt⁴⁵⁹. Ein weiterer Kritikpunkt geht dahin, dass die Mehrheit aktuelle Völkerrechtsentwicklungen ignoriere und verkenne, dass die Rechtslage zum Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts sowie der Menschenrechte im Fluss sei⁴⁶⁰. Richter Al-Khasawneh argumentiert, dass die wirksame Verfolgung internationaler Verbrechen *Ius-cogens*-Status erlangt habe und demzufolge der Immunität vorgehen müsse⁴⁶¹. Richterin Van den Wyngaert kommt zum Schluss, dass sich die Immunität von amtierenden Aussenministerinnen und Aussenministern (deren gewohnheitsrechtlichen Anerkennung sie bestreitet) jedenfalls nicht für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelte⁴⁶².

III. Zusammenfassung der IGH-Praxis

Die Haltung des IGH zum Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten zum Menschenrechtsschutz lässt sich wie folgt zusammenfassen: Methodisch prüft der Gerichtshof im Wesentlichen, ob sich in der konkret zu beurteilenden Konstellation eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zur Geltung der in Frage stehenden Immunität herausgebildet hat. Inhaltlich verneint er einen Konflikt zwischen dem Menschenrechtsschutz und den völkerrechtlichen Immunitäten, indem er auf den prozessualen Charakter der Immunität verweist. Dabei streicht er hervor, dass die Immunität die Rechtsdurchsetzung nicht generell aufhebt – sondern nur im Ausland einschränkt und auch dort ein Immunitätsverzicht möglich sei – und jedenfalls die Verpflichtung zur Einhaltung der Menschenrechtsgarantien und die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten unberührt lässt. Auch für schwerste Verletzungen von Menschenrechtsgarantien und Normen des humanitären Völkerrechts mit *Ius-cogens*-Status, deren Verletzung als internationales Verbrechen eingestuft wird, verneint der IGH eine Immunitätsausnahme. Dies wiederum mit der Begründung, dass aufgrund des prozeduralen Charakters der Immunität kein Konflikt mit den materiellen Garantien besteht.

⁴⁵⁹ *Dissenting opinions* Richter Al-Khasawneh, Ziff. 5 und Van den Wyngaert, Ziff. 34 ff.; vgl. auch die *joint separate opinion* der Richter Higgins, Kooijmans und Buergenthal, Ziff. 78.

⁴⁶⁰ *Dissenting opinion* Richterin Van den Wyngaert, Ziff. 27 ff.; vgl. auch die *joint separate opinion* der Richter Higgins, Kooijmans und Buergenthal (Ziff. 71 ff.) und die *dissenting opinion* Richter Oda, Ziff. 14.

⁴⁶¹ *Dissenting opinion* Richter Al-Khasawneh, Ziff. 7.

⁴⁶² *Dissenting opinion* Richterin Van den Wyngaert, Ziff. 24 ff.

Mangels Konflikt stellt sich für den IGH auch die Vorrangfrage nicht. Eine gewohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme bei schwersten Verletzungen der Menschenrechte oder des humanitären Völkerrechts hat sich nach dem IGH bisher (jedenfalls in den beurteilten Konstellationen) nicht herausgebildet, weshalb die Nichtbeachtung der völkerrechtlichen Immunitäten in solchen Situationen völkerrechtswidrig ist.

§ 19

Praxis von EGMR und Menschenrechtsausschuss zur Immunität von Staaten und Diplomaten

I. EGMR-Praxis zur Immunität von Staaten und Diplomaten

Die EMRK greift das Verhältnis zu den völkerrechtlichen Immunitäten im Vertragstext nicht explizit auf. Allerdings hat sich der Europäische Menschenrechtsgerichtshof in den letzten Jahren mehrfach zum Verhältnis der EMRK-Garantien zur Staatenimmunität geäußert. Dabei stand der Anspruch auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Zentrum⁴⁶³.

1. Staatenimmunität und Recht auf Zugang zu einem Gericht

a) Einschränkungen des Zugangs zu einem Gericht im Allgemeinen

Der EGMR betont regelmässig, dass der Zugang zu den Gerichten einen Pfeiler der Rechtsstaatlichkeit darstellt und Ausnahmen daher nur restriktiv zuzulassen seien⁴⁶⁴. Zur Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Eingriffs hat er folgende Leitlinien entwickelt⁴⁶⁵: Die Einschränkung muss ein legitimes Ziel («legitimate aim») verfolgen und verhältnismässig sein und sie darf den Anspruch auf Zugang zu einem Gericht nicht seines Gehalts («very essence of the right») entleeren⁴⁶⁶. Im Übrigen steht den Vertragsstaaten bei der Reglementierung des Zugangs zu einem Gericht ein gewisser Beurteilungsspielraum zu («margin of appreciation»).

Diese Kriterien wendet der EGMR auch auf Einschränkungen an, die durch die Einräumung der Staatenimmunität im Gerichtsstaat bedingt sind. Als unproblematisch erweist sich dabei regelmässig das legitime Ziel: Lehnen nationale Gerichte unter Berufung auf die Gerichtsbarkeitsimmunität die materielle Beurteilung einer zivilrechtlichen Streitigkeit beziehungsweise gestützt auf die Vollstreckungsimmunität die Vollstreckung eines Urteils ab, steht dahinter ge-

⁴⁶³ Zur Garantie auch S. 150 ff.

⁴⁶⁴ Z.B. EGMR, Vilho Eskelinen v. Finland (GC), 63235/00 (2007), Ziff. 49.

⁴⁶⁵ EGMR, Ashingdane v. the United Kingdom, 8225/78 (1985), Ziff. 57.

⁴⁶⁶ Z.B. EGMR, Jones v. the United Kingdom, 34356/06 und 40528/06 (2014); Sabeh El Leil v. France (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 47; Al-Adsani v. the United Kingdom (GC), 35763/97 (2001), Ziff. 53.

mäss dem EGMR das legitime Bestreben, das Völkerrecht einzuhalten, die staatliche Souveränität zu respektieren und das internationale Einvernehmen und gute internationale Beziehungen zu fördern. Die massgebliche Formel dazu lautet:

«The Court must first determine whether the restriction pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity of States is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty.»⁴⁶⁷

Zur Verhältnismässigkeit vertritt der EGMR prinzipiell die Haltung, dass eine Einschränkung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht zwecks Respektierung der Staatenimmunität nicht unverhältnismässig ist:

«The Court must next assess whether the restriction was proportionate to the aim pursued. It reiterates that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties». The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account [...]. The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity. It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an

⁴⁶⁷ Z.B. EGMR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001), Ziff. 54; *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 60; *Treska v. Albania and Italy*, 26937/04 (2006) und *Grosz c. France*, 14717/06 (2009).

example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.»⁴⁶⁸

Anschliessend prüft der Gerichtshof im Einzelfall, ob die Anerkennung der Staatenimmunität dem Völkerrecht entspricht. Der Ausschluss der Gerichtsbarkeit ist nach ihm verhältnismässig, wenn die Gewährung der Staatenimmunität in der zu beurteilenden Sachlage völkerrechtlich allgemein anerkannt ist. Schliesst hingegen das Völkerrecht die Staatenimmunität in der konkret betroffenen Sachlage aus, liegt ein unzulässiger Eingriff in Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn den Beschwerdeführenden die materielle Beurteilung ihrer Ansprüche vor Gericht verweigert wurde⁴⁶⁹. Für die Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob der Anspruch auf eine materielle Beurteilung durch die Gewährung der Gerichtsbarkeitsimmunität oder das Recht auf Vollstreckung durch die Anerkennung der Vollstreckungsimmunität betroffen sind⁴⁷⁰.

Faktisch keine eigenständige Bedeutung hat das dritte Kriterium, wonach das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht seines Gehalts entleert werden darf. Der Gerichtshof nennt es zwar bei den allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK regelmässig als eigenständiges Kriterium. Soweit er im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit des konkreten Eingriffs überhaupt noch darauf zurückkommt, schliesst er aus der Verhältnismässigkeit des Eingriffs, dass die Garantie nicht ihres Gehalts entleert wird⁴⁷¹.

Im Übrigen weist der EGMR darauf hin, dass der in der nationalen Rechtsordnung anerkannte materielle zivilrechtliche Anspruch – der erst den Anspruch auf Zugang zum Gericht begründet – durch die Staatenimmunität nicht in Frage gestellt wird, da sie ein prozeduraler Behelf sei, der lediglich die gerichtliche Durchsetzung verhindere⁴⁷².

⁴⁶⁸ Siehe z.B. EGMR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001), Ziff. 55 f. Weiter etwa auch *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 59021/00 (2002) und *Grosz c. France*, 14717/06 (2009).

⁴⁶⁹ Siehe z.B. EGMR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001), Ziff. 66; *McElhinney v. Ireland* (GC), 31253/96 (2001), Ziff. 38 und *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 62–74.

⁴⁷⁰ Folgende Urteile betreffen spezifisch einen Eingriff in das Recht auf Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils infolge Gewährung der Vollstreckungsimmunität: EGMR, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 59021/00 (2002); *Treska v. Albania and Italy*, 26937/04 (2006) und *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, 60861/00 (2005).

⁴⁷¹ Z.B. EGMR, *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 67; *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 74.

⁴⁷² Z.B. EGMR, *Fogarty v. the United Kingdom* (GC), 37112/97 (2001), Ziff. 26.

Wiederholte gerichtsinterne Kritik an der Praxis des EGMR zur Staatenimmunität übte während seiner Amtszeit Richter Loucaides. Sie richtete sich primär dagegen, dass der EGMR Immunität als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff anerkenne, ohne im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen («Blankoimmunität»)⁴⁷³. Selbst wenn ein Sachverhalt vorliege, für den grundsätzlich Immunität gelte, müsse im Einzelfall zwischen dem Interesse an der Gewährung der Immunität einerseits und den Interessen oder der spezifischen Forderung des Individuums andererseits abgewogen werden. Die Einräumung einer Blankoimmunität erachtete er als unvereinbar mit der Rechtsstaatlichkeit und damit als Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die völkerrechtlichen Immunitäten stammten, so Richter Loucaides, aus einer Zeit als noch keine Menschenrechte verbürgt waren. Einschränkungen der EMRK-Garantien seien daher gestützt auf völkerrechtliche Immunitäten nur zurückhaltend anzuerkennen, da die EMRK als *lex specialis* vorgehe und nur punktuell auf allgemeines Völkerrecht Bezug nehme⁴⁷⁴. Richter Loucaides übte noch in einem zweiten Punkt Kritik. Soweit die Immunität im Völkerrecht in bestimmten Bereichen umstritten sei und keine einheitliche Praxis dazu bestehe, sei ein Land völkerrechtlich nicht verpflichtet Immunität einzuräumen. Lehne er es in einer solchen Situation unter Berufung auf die Immunität seine Gerichtsbarkeit ab, sei entgegen dem EGMR eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu bejahen⁴⁷⁵. Es gehe in einer solchen Situation nicht an, dem Gerichtsstaat einen Ermessensspielraum zuzugestehen, ob er Immunität gewähren wolle oder nicht.

b) Einschränkungen des Zugangs zu einem Gericht bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Besonderen

Zivilrechtliche Ansprüche im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK stellen in der Regel auch Streitigkeiten von Staatsangestellten mit ihrem Arbeitgeber dar⁴⁷⁶. Die Urteile des EGMR zur Geltung der Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Botschaftspersonal fügen sich in das erläuterte Beurteilungsschema ein. Entsprechend erachtet er die Respektierung der Immunität als legitimen Grund, um die materielle Beurteilung von Zivilklagen einzuschränken und er

⁴⁷³ Siehe die *dissenting opinion* Richter Loucaides in den Urteilen EGMR, *Fogarty v. the United Kingdom* (GC), 37112/97 (2001), *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001) und *McElhinney v. Ireland* (GC), 31253/96 (2001). Die Kritik wurde v.a. mit Blick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Zugang zu einem Gericht) formuliert, ist aber auch auf andere Garantien übertragbar.

⁴⁷⁴ EGMR, *McElhinney v. Ireland* (GC), 31253/96 (2001), *dissent* Richter Loucaides.

⁴⁷⁵ In diesem Sinn auch die *dissenting opinion* der Richter Caflisch, Cabral Barreto und Vajić in EGMR, *McElhinney v. Ireland* (GC), 31253/96 (2001).

⁴⁷⁶ Dazu S. 151.

wertet solche Einschränkungen grundsätzlich auch als verhältnismässig. Die Verhältnismässigkeit im konkreten Fall bejaht er, wenn die nationalen Gerichte die Staatenimmunität nicht über das völkerrechtlich anerkannte Mass gewährt haben⁴⁷⁷. Dabei zieht der EGMR für arbeitsrechtliche Streitigkeiten das – noch nicht in Kraft getretene – UNO-Staatenimmunitätsübereinkommen (UNCSI) als Massstab bei. Art. 11 UNCSI zu den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten attestiert er integral gewohnheitsrechtlichen Status, weshalb er, so der EGMR, auch für Länder gelte, die den Vertrag (noch) nicht ratifiziert haben⁴⁷⁸. Im Einzelnen hat der EGMR Beschwerden von Botschaftspersonal gegen den Entsendestaat wie folgt beurteilt:

In *Sabeh El Leil gegen Frankreich (2011)* und *Cudak gegen Litauen (2010)* hatte der EGMR zu beurteilen, ob die französischen respektive litauischen Gerichte in Verfahren, in welchen ehemalige Botschaftsangestellte Schadenersatz wegen einer unrechtmässigen Kündigung geltend machten, durch die Anerkennung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität das Recht auf Zugang zu einem Gericht verletzt hatten. Im ersten Fall klagte der ehemalige Chefbuchhalter der kuwaitischen Botschaft in Frankreich, der nach zwanzig Jahren aus finanziellen Gründen entlassen worden war⁴⁷⁹, im zweiten Fall eine vormalige litauische Sekretärin und Telefonistin der polnischen Botschaft in Vilnius, welche entlassen worden war, nachdem sie in einem Ombudsverfahren erfolgreich eine sexuelle Belästigung durch einen Botschaftsdiplomaten geltend gemacht hatte. Der Menschenrechtsgerichtshof schloss in beiden Fällen auf eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Als entscheidend erachtete er im Wesentlichen, dass Art. 11 UNCSI die Immunität für arbeitsrechtliche Streitigkeiten dem Grundsatz nach ausschliesst (Abs. 1) und der Beschwerdeführer beziehungsweise die Beschwerdeführerin unter keine der Ausnahmen fällt (Abs. 2)⁴⁸⁰. Er schloss die Anwendbarkeit der Ausnahme von der Nichtgeltung der Immunität nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI in beiden Fällen aus, da weder ein Chefbuchhalter

⁴⁷⁷ Vgl. für einen Fall, indem der Gerichtsstaat dem Entsendeland weitergehende Rechte zugesteht als völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und daher eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 bejaht wird: EGMR, *Wallishauser v. Austria*, 156/04 (2012), Ziff. 69 ff.; weiter *Oleynikov v. Russia*, 26703/04 (2013), Ziff. 62 ff.

⁴⁷⁸ EGMR, *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 67 und *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 54 und 57 f. Bei der Ausarbeitung von Art. 11 UNCSI bestanden grosse Meinungsverschiedenheiten zwischen den Staaten. Es erscheint daher zweifelhaft, ob die Norm tatsächlich in ihrer Gesamtheit Gewohnheitsrecht widerspiegelt (vgl. dazu auch S. 70 f.). Dies schliesst allerdings nicht aus, dass sie einen solchen Status zukünftig erwirbt.

⁴⁷⁹ EGMR, *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011). Der Beschwerdeführer ist kein Bürger Kuwaits.

⁴⁸⁰ Zum Gehalt von Art. 11 UNCSI siehe die Erläuterungen auf S. 70 ff.

noch eine Sekretärin Aufgaben in Ausübung von Hoheitsgewalt erfülle. In *Cudak* hatte er sich zudem zur Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI zu äussern, da Polen vorgebracht hatte, seine Sicherheitsinteressen seien berührt, weshalb die Gerichtsbarkeitsimmunität anwendbar sei. Insoweit stellte der EGMR klar, dass die alleinige Behauptung, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Tätigkeit Zugang zu bestimmten Dokumenten und vertraulichen Telefonaten gehabt, für die Anwendung dieser Ausnahme von der Nichtgeltung der Immunität nicht ausreicht⁴⁸¹. Schliesslich führte der Gerichtshof in *Sabeh el Leil* in grundsätzlicher Weise zu Art. 11 UNCSI aus, dass Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtgeltung der Immunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach dem zweiten Absatz eng auszulegen sind⁴⁸². Im Ergebnis urteilte der EGMR in beiden Fällen, dass den Entsendestaaten abweichend zu den völkerrechtlichen Vorschriften Immunität eingeräumt worden sei und deshalb eine unverhältnismässige Einschränkung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht vorliege.

Dagegen hat der EGMR im früheren Urteil *Fogarty gegen Vereinigtes Königreich (2001)* eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verneint⁴⁸³. Die Beschwerdeführerin war als Verwaltungsassistentin an der US-Botschaft in London beschäftigt. Nach ihrer Entlassung machte sie vor Gericht erfolgreich geltend, – die Vereinigten Staaten hatten sich nicht auf ihre Immunität berufen –, dass sie von ihrem Vorgesetzten sexuell belästigt worden war und die Entlassung damit zusammenhing. Sie bewarb sich in der Folge auf weitere Stellen an der US-Botschaft wurde aber nicht mehr eingestellt. Daraufhin verklagte sie die Vereinigten Staaten wegen Diskriminierung, da sie wegen ihrer erfolgreichen Belästigungsklage nicht mehr berücksichtigt werde. Weil die Vereinigten Staaten nun Immunität beanspruchten, wurde die Klage in Grossbritannien nicht materiell beurteilt. Der EGMR stellte fest, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zwar ein Trend zu Einschränkung der Immunität bestehe, aber umstritten sei, wie weit die Immunität in Streitigkeiten mit Botschaftsangestellten reiche. Mit der Gewährung der Immunität habe Grossbritannien das völkerrechtlich geltende Staatenimmunitätsrecht nicht überschritten, weshalb der Eingriff in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verhältnismässig sei. Der Gerichtshof wies überdies darauf hin, dass die Beschwerde nicht ein bestehendes Arbeitsverhältnis, sondern die Einstellung an einer Botschaft betreffe, welche die Organisationshoheit des Entsendestaats beschlage und daher besonders sensibel sei⁴⁸⁴. Ihm seien denn auch

⁴⁸¹ EGMR, *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 72. Zu diesem Aspekt auch S. 81 f.

⁴⁸² EGMR, *Sabeh El Leil v. France* (GC), 34869/05 (2011), Ziff. 66.

⁴⁸³ EGMR, *Fogarty v. the United Kingdom* (GC), 37112/97 (2001).

⁴⁸⁴ Zur Anwendbarkeit von Art. 11 UNCSI auf vorvertragliche Ansprüche siehe S. 73 f.

keine internationalen Bestrebungen bekannt, die Immunität in diesem Zusammenhang einzuschränken, namentlich sehe dies auch der ILC-Konventionsentwurf nicht vor⁴⁸⁵. Überdies verneinte der Gerichtshof eine Verletzung des akzesessorischen Diskriminierungsverbots nach Art. 14 EMRK, da die Immunität für arbeitsrechtliche Streitigkeiten an Botschaften für alle Personen unbesehen ihres Geschlechts gelte⁴⁸⁶.

Obschon die dargestellten Urteile arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit dem Verwaltungspersonal diplomatischer Vertretungen beschlagen, lassen sich daraus direkte Schlüsse für dienstliche Hausangestellte ziehen. Nach der überzeugenden Auffassung des EGMR nimmt Verwaltungspersonal (Chefbuchhalter, Sekretärin) keine hoheitlichen Aufgaben wahr, weshalb keine *Gerichtsbareitsimmunität* nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI zu gewähren ist⁴⁸⁷. Dies muss erst recht für dienstliche Hausangestellte gelten. Überdies hat der Gerichtshof entschieden, dass ein pauschaler Hinweis des beklagten Arbeitgeberstaats, die Angestellte habe Zugang zu vertraulichen Dokumenten und Kenntnis von privaten Telefongesprächen, nicht für die Anwendung der Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI reicht (Ausnahme infolge Sicherheitsinteressen). Wenn es der EGMR mit der Aussage ernst meint, dass die Ausnahmen nach Art. 11 Abs. 2 UNCSI eng auszulegen sind, wird er konsequenterweise – und zu Recht – auch nicht anerkennen, dass Hausbedienstete unter die Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. b UNCSI fallen («eine andere Person, die Immunität genießt»). Dennoch ist aufgrund seiner bisherigen Rechtsprechung und der Regelung von Art. 11 UNCSI damit zu rechnen⁴⁸⁸, dass der Gerichtshof in Übereinstimmung mit dem UNCSI punktuell die Gerichtsbareitsimmunität in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit Hausangestellten an Missionen als Rechtfertigung für einen Eingriff in deren EMRK-Rechte anerkennen wird. Eine gewisse Relevanz könnte vor allem die Immunitätsausnahme in Bezug auf eigene Staatsangehörige spielen, die keinen ständigen Aufenthalt im Gerichts-

⁴⁸⁵ Wenn es tatsächlich richtig ist – wie aus zwei Stellen des Urteils hervorgeht (Ziff. 26 und *dissent* Richter Loucaides, letzter Absatz) – dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Klage nicht die Einstellung, sondern Schadenersatz für die ihrer Ansicht nach diskriminierende Nichteinstellung fordert, erscheint das Urteil problematisch. Im ILC-Entwurf war zwar vorgesehen (identisch mit Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI), dass die Immunität ausnahmsweise gilt, wenn Gegenstand des Verfahrens die Einstellung, die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses oder die Wiedereinstellung einer natürlichen Person ist. In ihrer Kommentierung hält die Völkerrechtskommission allerdings ausdrücklich fest, dass die Immunität nicht für Verfahren greift, in denen Schadenersatz wegen ungerechtfertigter Kündigung oder Nichteinstellung bzw. Weiterbeschäftigung gefordert wird. Dazu S. 80.

⁴⁸⁶ EGMR, *Fogarty v. the United Kingdom* (GC), 37112/97 (2001), Ziff. 40 ff.

⁴⁸⁷ Vgl. auch EGMR, *Wallishauser v. Austria*, 156/04 (2012), Ziff. 62 betreffend eine Fotografin.

⁴⁸⁸ Für eine detaillierte Besprechung von Art. 11 UNCSI siehe S. 70 ff.

staat haben (Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI) sowie der Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen (Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI)⁴⁸⁹. Da Art. 11 Abs. 2 UNCSI dem Entsendestaat bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit seinem dienstlichen Hauspersonal nur punktuell Gerichtsbarkeitsimmunität zugesteht, vermag die Staatenimmunität auch nur in diesem Umfang einen Eingriff in die EMRK-Rechte zu rechtfertigen. Gewähren nationale Gerichte darüber hinaus Immunität, liegt eine unzulässige Konventionsverletzung vor.

2. Staatenimmunität und Eingriffe in weitere EMRK-Rechte

Anerkennen nationale Gerichte die Immunität anderer Länder, rügen die Beschwerdeführenden beim Europäischen Menschenrechtsgerichtshof zwar vorrangig aber nicht nur eine Verletzung des Anspruchs auf Zugang zu einem Gericht. Wird die Vollstreckungsimmunität bejaht, machen die unterlegenen Privaten – neben der Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht – meist auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 1 ZP I) geltend⁴⁹⁰. Denn eine gerichtlich anerkannte und (an sich) vollstreckbare Forderung gegen einen Staat auf vermögensrechtliche Leistungen (z.B. Entschädigungsansprüche, Lohnforderungen) gilt als Eigentum im Sinn von Art. 1 ZP I⁴⁹¹. Auch bei der Gewährung der Gerichtsbarkeitsimmunität berufen sich die Beschwerdeführenden mitunter auf die Verletzung weiterer Garantien: So wurde etwa gerügt, die Weigerung englischer Gerichte, eine zivilrechtliche Entschädigungsklage wegen Folter gegen ausländische Staaten (materiell) zu beurteilen, verletze auch das Folterverbot und das Recht auf effektive Beschwerde (Art. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 13 EMRK)⁴⁹².

Bei den weiteren EMRK-Garantien prüft der EGMR ebenfalls anhand der jeweils einschlägigen Eingriffsvoraussetzungen, ob die Staatenimmunität den Eingriff zu rechtfertigen vermag⁴⁹³. Dabei gilt grundsätzlich auch hier, dass der Gerichtshof die Staatenimmunität als legitimen Eingriffszweck anerkennt und

⁴⁸⁹ Praktisch kaum relevant ist in der Schweiz die Immunitätsausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI, da bei ungerechtfertigter Entlassung keine Wiedereinstellung, sondern nur eine Entschädigung verlangt werden kann. Für Entschädigungsforderungen sieht auch die genannte Ausnahme keine Immunität vor.

⁴⁹⁰ Siehe z.B. EGMR, Sedelmayer v. Germany, 30190/06 und 30216/06 (2009). Die Schweiz hat das erste Zusatzprotokoll nicht ratifiziert.

⁴⁹¹ Siehe z.B. EGMR, Sedelmayer v. Germany, 30190/06 und 30216/06 (2009) m.H.

⁴⁹² EGMR, Al-Adsani v. the United Kingdom (GC), 35763/97 (2001). Dazu S. 188 ff.

⁴⁹³ Dies trifft jedenfalls auf Garantien zu, die nicht absolut gelten, sondern unter bestimmten Bedingungen (insb. gesetzliche Grundlage, legitimer Eingriffszweck, Notwendigkeit des Eingriffs, fairer Interessenausgleich) eingeschränkt werden können. Zu den Arten von Verpflichtungen in der EMRK und den unterschiedlichen Einschränkungsvoraussetzungen siehe z.B. GRABENWARTER/PABEL, S. 124 ff. und 138 ff. mit vielen Hinweisen.

die Verhältnismässigkeit des Eingriffs bejaht, soweit die Immunität nicht über das völkerrechtlich anerkannte Mass zugestanden wird⁴⁹⁴.

3. Staatenimmunität und *Ius-cogens*-Garantien

Leiturteil des EGMR zum Verhältnis der Menschenrechte mit *Ius-cogens*-Charakter (z.B. das Folter- oder das Sklavereiverbot) zur Staatenimmunität ist *Al-Adsani gegen Vereinigtes Königreich* von 2001⁴⁹⁵. Es betrifft die Beschwerde eines kuwaitisch-britischen Doppelbürgers, der geltend machte, in Kuwait von Staatsbediensteten gefoltert worden zu sein. Der EGMR hatte daraufhin zu beurteilen, ob die englischen Gerichte, vor denen der Beschwerdeführer Kuwait wegen eines Personenschadens («personal injuries») zivilrechtlich verklagte, die materielle Beurteilung unter Hinweis auf die Immunität Kuwaits verweigern durften.

Eine knappe Mehrheit von neun Richterinnen und Richtern entschied, Grossbritannien habe durch die Gewährung der Gerichtsbarkeitsimmunität das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht verletzt. Das Folterverbot habe zwar *Ius-cogens*-Charakter und verpflichte die Staaten auch, in bestimmtem Umfang den Opfern effektive verfahrensrechtliche Instrumente zur Ahndung von Folter zur Verfügung zu stellen. Die Mehrheit machte insofern aber unterschiedliche Pflichten bezüglich Strafverfahren gegen einzelne Täterinnen und Täter sowie Zivilverfahren aus. Sie argumentierte im Wesentlichen, die massgeblichen internationalen Konventionen – die Richter nennen ausdrücklich Art. 5 der allgemeinen Menschenrechtserklärung, Art. 7 Pakt II sowie Art. 2 und Art. 4 der UNO-Antifolterkonvention – verpflichteten die Staaten nicht, *zivilrechtliche* Rechtsbehelfe für *im Ausland* begangene Folter vorzusehen. Zudem, so die Richtermehrheit, äusserten sich diese Verträge auch nicht zur Staatenimmunität. Der gegenwärtige Stand des Völkerrechts lasse daher nicht den Schluss zu, dass ein Staat in *Zivilverfahren* auf Entschädigung wegen Folter keine Immunität von der Gerichtsbarkeit in anderen Ländern mehr geniesse. Damit verstosse Grossbritannien mit der Anerkennung der Immunität Kuwaits nicht gegen das (geltende) Staatenimmunitätsrecht; der Eingriff in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verfolge vielmehr ein legitimes Ziel und sei verhältnismässig⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Für ein typisches Urteil zu einem zulässigen Eingriff in die Eigentumsgarantie siehe EGMR, *Sedlmayer v. Germany*, 30190/06 und 30216/06 (2009).

⁴⁹⁵ EGMR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001).

⁴⁹⁶ In diesem Sinn und unter Bezugnahme auf die Praxis des EGMR nun auch der IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy; Greece intervening*), I.C.J. Reports 2012, S. 99, insb. Ziff. 80 ff. und 90.

Eine Minderheit von acht Richterinnen und Richtern sieht in der Nichtbeurteilung der Klage durch die englischen Gerichte hingegen eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Das Folterverbot habe *Ius-cogens*-Charakter und gehe deshalb im Konfliktfall dem Staatenimmunitätsrecht vor, welches nicht über diesen Status verfüge. Die Unterscheidung der Mehrheit zwischen zivil- und strafrechtlichen Rechtsbehelfen zur Ahndung von Folter lehnt sie als nicht überzeugend ab. Das Folterverbot hebe als zwingendes Völkerrecht jegliche Wirkung der Staatenimmunität auf, unbeschrieben von der straf- oder zivilrechtlichen Natur des betroffenen Verfahrens. Daraus folge, dass Grossbritannien durch die Anerkennung der Immunität Kuwaits im Zivilprozess den Anspruch auf Zugang zu einem Gericht missachtet habe. Richter Loucaides kritisiert die EGMR-Praxis zur Staatenimmunität im Urteil auf einer grundsätzlichen Ebene: Er erachtet es als unvereinbar mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die Staatenimmunität pauschal als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff anzuerkennen, ohne die im Einzelfall betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen.

Einstimmig lehnte der Gerichtshof dagegen eine Verletzung des Folterverbots nach Art. 3 EMRK ab: Zwar ergäben sich daraus auch gewisse positive Pflichten wie insbesondere ein Anspruch auf eine effektive Untersuchung von Folterhandlungen. Positive Pflichten bestünden aber grundsätzlich nur bei Folterhandlungen im Inland. Eine Pflicht, zivilrechtliche Rechtsbehelfe für Folter im Ausland zur Verfügung zu stellen, liesse sich aus Art. 3 EMRK nicht ableiten, weshalb Grossbritannien nicht gegen diese Garantie verstossen habe.

Die Hauptdifferenz zwischen Mehr- und Minderheit liegt weniger in ihrer Haltung gegenüber dem *ius cogens*: Beide anerkennen dessen Vorrang gegenüber anderen Normen. Vielmehr beurteilen sie abweichend, ob zwischen dem Folterverbot und der Staatenimmunität überhaupt ein (inhaltlicher) Normkonflikt vorliegt. Der Streitpunkt betrifft damit letztlich die Frage, ob das völkerrechtliche Folterverbot – insbesondere die UNO-Antifolterkonvention – überhaupt einen Anspruch auf einen zivilrechtlichen Rechtsbehelf für *im Ausland* erlittene Folter vermittelt und wenn ja, ob dieser Anspruch *Ius-cogens*-Charakter hat⁴⁹⁷. Die Begründung der Mehr- und Minderheit lässt es bezüglich des

⁴⁹⁷ Keinen Bezug nimmt die Mehrheit erstaunlicherweise auf Art. 14 CAT, der sich auf zivilrechtliche Entschädigungsverfahren bezieht. Hinsichtlich dieser Norm ist umstritten, ob sie einen Anspruch auf ein zivilrechtliches Verfahren für *im Ausland* begangene Folter garantiert. Einen solchen Anspruch verneinen insb. MANFRED NOWAK/ELIZABETH MCARTHUR (The United Nations Convention against Torture, A Commentary, Oxford etc. 2008, Art. 14, Rz. 99) unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Praxis des UNO-Ausschusses gegen Folter; ablehnend z.B. auch KLOTH, Immunities, S. 77 ff.; dafür hingegen ORAKHELASHVILI, Immunity and Hierarchy, S. 960 ff. VOYIAKIS (Access to Court, S. 324) schreibt dazu: «[T]he CAT provisions display a certain gap between the

(Nicht-)Bestehens eines Normkonflikts an der wünschbaren Klarheit missen⁴⁹⁸. Die Mehrheit vertritt implizit die Haltung, dass das Folterverbot keine Verpflichtung (und insb. nicht mit *Ius-cogens*-Charakter) enthält, Zivilverfahren für im Ausland begangene Folter bereitzustellen. Entsprechend kollidiert die Staatenimmunität in derartigen Zivilverfahren nicht mit dem Folterverbot, sodass sich mangels Normkonflikt auch die Vorrangfrage erübrigt. Die Minderheit bejaht dagegen implizit, dass das Folterverbot auch die Pflicht umfasst, Zivilverfahren betreffend im Ausland begangene Folterhandlungen materiell zu beurteilen – zumindest soweit ein Land die Gerichtsbarkeit grundsätzlich anerkennt – und zählt diese verfahrensrechtliche Verpflichtung auch zum zwingenden Völkerrecht. Folglich ist ein Normkonflikt mit der Staatenimmunität gegeben, bei dem das Folterverbot als zwingendes Recht vorgeht, weshalb eine Immunitätsausnahme besteht. Die Gewährung der Immunität verletzt daher das Recht auf Zugang zu einem Gericht.

Das Urteil Al-Adsani lässt den Willen der Richtermehrheit erkennen, Menschenrechtgarantien mit *Ius-cogens*-Status so zu interpretieren, dass kein Normkonflikt mit dem Staatenimmunitätsrecht entsteht. Welche Haltung sie aber zum Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und zwingenden EMRK-Garantien einnimmt, falls ein Normkonflikt unbestritten ist, lässt sich anhand der bisherigen Rechtsprechung noch nicht abschliessend beurteilen. Eine solche Konstellation könnte etwa eintreten, falls (inskünftig) anerkannt würde, dass den verfahrensrechtlichen Pflichten aus dem Folterverbot, beispielsweise der Pflicht für im Inland begangene Folterhandlungen ein Strafverfahren gegen den Folterer durchzuführen, *Ius-cogens*-Charakter zukommt. Ein Konflikt zwischen dem Folterverbot und den Immunitäten liesse sich insbesondere auch nicht bestreiten, wenn eine dienstliche Hausangestellte im Gaststaat (durch Missionspersonal) gefoltert wird, da die Verpflichtung der Staaten, für auf ihrem eigenen Territorium begangene Folterhandlungen den zivil- und strafrechtlichen Rechtsschutz sicherzustellen, unbestritten ist. In Hinblick auf die Geltung der Immunitäten wird in diesem Fall die Frage ins Zentrum rücken, ob sich der *Ius-cogens*-Charakter des Folterverbots und (anderer zwingender Menschenrechte) neben den Unterlassungs-

extent to which they allow States to exercise jurisdiction over claims of torture (Art. 5) and the duty to provide access to court and just satisfaction in respect of torture claims (Art. 13–14). In particular, the CAT leaves unclear whether the forum has an obligation to provide access to court for all claims of torture over which it purports to exercise jurisdiction, including those relating to torture committed outside its territory.» Dazu nun auch EGMR, *Jones v. the United Kingdom*, 34356/06 und 40528/06 (2014), Ziff. 208.

⁴⁹⁸ Gemeint ist die *joint dissenting opinion* der Richter Rozakis und Caflisch (gefolgt von vier weiteren Richtern). Teils mit ähnlicher Kritik auch VOYIAKIS, Access to Court, insb. S. 320 ff.

pflichten auch auf die positiven Verpflichtungen erstreckt. Nur falls dies bejaht würde, liegt überhaupt ein Normkonflikt zwischen *ius cogens* und der Staatenimmunität vor. Wird dies – wie bis anhin verneint – handelt es sich dagegen auch in dieser Konstellation (nur) um einen Konflikt zwischen gleichrangigen Normen.

Im sehr knapp begründeten Urteil *Kalogeropoulou gegen Griechenland und Deutschland* (2002) hat der EGMR zudem verneint, dass völkergewohnheitsrechtlich eine Ausnahme von der Geltung der Staatenimmunität in zivilrechtlichen Entschädigungsverfahren (gegen Staaten) für Verbrechen gegen die Menschlichkeit anerkannt sei⁴⁹⁹.

Mittlerweile hatte sich der EGMR in *Jones gegen Vereinigtes Königreich* von 2014 erneut ausführlich mit der Al-Adsani-Rechtsprechung befasst und diese klar bestätigt⁵⁰⁰. Entsprechend hält er daran fest, dass ein Vertragsstaat keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK begeht, wenn seine Gerichte bei Verletzungen zwingender Menschenrechte im Ausland (Folter) Staatenimmunität gewähren und damit eine Zivilklage gegen den verantwortlichen Staat verunmöglicht wird⁵⁰¹. Der EGMR hat zudem in *Jones* explizit auch das Argument verworfen, dass die verantwortlichen Staatsbediensteten in gegen sie persönlich gerichteten Verfahren keine Staatenimmunität *ratione materiae* (Amtsträgerimmunität) für Verletzungen zwingender Menschenrechte beanspruchen können und die Einräumung der Staatenimmunität in diesen Verfahren folglich eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht darstelle⁵⁰². Der Gerichtshof betonte allerdings, dass die Staatenpraxis bezüglich einer Immunitätsausnahme in Zivilverfahren gegen die verantwortlichen Angestellten bei Verletzung zwingender Menschenrechte im Fluss sei.

4. Diplomatische Immunität in der EGMR-Praxis

Soweit ersichtlich hat der Europäische Menschenrechtsgerichtshof bislang nicht darüber geurteilt, ob die Anerkennung der diplomatische Immunität in einem nationalen Gerichtsverfahren gegen eine Diplomatin (Verhinderung einer gerichtlichen Beurteilung oder der Vollstreckung) vor Art. 6 Ziff. 1 EMRK und weiteren EMRK-Garantien standhält⁵⁰³. Die Rechtsprechung zur Staatenimmunität legt aber den Schluss nahe, dass der EGMR bei der diplomatischen Immu-

⁴⁹⁹ EGMR, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 59021/00 (2002).

⁵⁰⁰ Stimmenverhältnis 6:1.

⁵⁰¹ EGMR, *Jones v. the United Kingdom*, 34356/06 und 40528/06 (2014).

⁵⁰² EGMR, *Jones v. the United Kingdom*, 34356/06 und 40528/06 (2014), Ziff. 199 ff.

⁵⁰³ Die Kommission hat die diplomatische Immunität in einem *obiter dictum* als zulässige Einschränkung des Anspruchs auf Zugang zu einem Gericht bezeichnet: EKMR, *Golder v. the United Kingdom*, 4451/70 (1973), Ziff. 93. Vgl. auch die *separate opinion* Richter

nität analog vorgehen wird. Demnach würde die Anwendung der diplomatischen Immunität als legitimer Zweck für die Einschränkung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und anderen Garantien erachtet, der zu einem verhältnismässigen und damit zulässigen Eingriff führt, solange sie nicht über das völkerrechtlich anerkannte Mass hinaus eingeräumt wird. Diese Haltung ist klar erkennbar in Urteilen zu Vollstreckungshandlungen in das Eigentum diplomatischer Missionen, in denen der Gerichtshof neben der Staatenimmunität auch auf die Unverletzlichkeit des Botschaftseigentums und des Prinzips *ne impediatur legatio* rekurriert hat⁵⁰⁴.

II. Praxis der UNO-Vertragsüberwachungsorgane zur Immunität von Staaten und Diplomaten

1. Einleitung

Die neun wichtigsten universellen Menschenrechtsverträge, die Konvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I), die Konvention über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II), die Antirassendiskriminierungskonvention, die Antifolterkonvention, die Frauenrechtskonvention, die Kinderrechtskonvention, die Wanderarbeiterkonvention, die Behindertenrechtskonvention sowie die Konvention gegen das Verschwindenlassen von Personen gehen nicht ausdrücklich auf das Verhältnis zur staatlichen und diplomatischen Immunität ein. Auch die Vertragsüberwachungsorgane haben sich bislang kaum damit befasst. Diese Feststellung gilt nurmehr eingeschränkt für den Menschenrechtssausschuss, der 2010 infolge einer Individualbeschwerde im Entscheid Sechremelis gegen Griechenland zu beurteilen hatte, ob die Gewährung der Staatenimmunität gegen Garantien des UNO-Pakts II verstösst (Recht auf ein faires Gerichtsverfahren, Recht auf wirksame Beschwerde)⁵⁰⁵.

Fitzmaurice (Ziff. 28, Fn. 17) zum Urteil des Gerichtshofs in derselben Sache: EGMR, *Golder v. the United Kingdom*, 4451/70 (1975).

⁵⁰⁴ Siehe insb. EGMR, *Sedelmayer v. Germany*, 30190/06 und 30216/06 (2009); *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, 60861/00 (2005) und *Treska v. Albania and Italy*, 26937/04 (2006).

⁵⁰⁵ Die Entscheide der Vertragsüberwachungsorgane («views») haben Empfehlungscharakter.

2. Menschenrechtsausschuss: Sechremelis gegen Griechenland (2010)

a) Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Entscheid Sechremelis gegen Griechenland betrifft eine Schadenersatzklage für ausservertragliche Personenschäden⁵⁰⁶. Die Beschwerdeführenden, Angehörige von Opfern des im Zweiten Weltkrieg durch Nazitruppen verübten Massakers im griechischen Dorf Distomo, hatten Deutschland erfolgreich auf Schadenersatz verklagt, weil griechische Gerichte die Gerichtsbarkeitsimmunität Deutschlands verneint hatten. Diese Praxis ist mittlerweile vom Internationalen Gerichtshof für völkerrechtswidrig erklärt worden⁵⁰⁷. Deutschland weigerte sich jedoch, die Schadenersatzforderungen zu begleichen und machte geltend, seine Immunität sei zu Unrecht verneint worden. Die Beschwerdeführenden scheiterten in der Folge mit der Vollstreckung in Griechenland, da das griechische Recht für Vollstreckungsmassnahmen gegen ausländische Staaten die Zustimmung des Justizministers voraussetzt, welche dieser vorliegend verweigerte. Dagegen erhobene Beschwerden drangen vor den oberen Gerichtsinstanzen nicht durch. Diese befanden, dass es nicht gegen Pakt II (und die EMRK) verstosse, wenn der Justizminister gestützt auf die griechische Zivilgesetzgebung die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils gegen ein anderes Land verweigere, dem gemäss Völkerrecht Immunität zusteht. Dagegen führten die Beschwerdeführenden zunächst Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dieser erklärte die Beschwerde jedoch für offensichtlich unbegründet. Die Anerkennung der Staatenimmunität stelle ein legitimes Ziel für die Einschränkung der Konventionsrechte dar und der Eingriff sei verhältnismässig, weshalb im Licht der EGMR-Rechtsprechung offenkundig keine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht und der Eigentumsgarantie vorliege⁵⁰⁸. Ein Teil der unterlegenen Beschwerdeführenden gelangte daraufhin an den Menschenrechtsausschuss.

b) Mehrheitsmeinung

Der Menschenrechtssausschuss verneint in Sechremelis, dass die Anerkennung der Vollstreckungsimmunität Deutschlands das Recht auf eine gerichtliche Beurteilung von Zivilrechtsstreitigkeiten in Verbindung mit dem Recht auf wirksame Beschwerde verletzt⁵⁰⁹. Er legt zunächst dar, dass die Schadenersatzforde-

⁵⁰⁶ MRA, Sechremelis v. Greece, 1507/2006 (2010).

⁵⁰⁷ IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99. Dazu S. 169 ff.

⁵⁰⁸ EGMR, Kalogeropoulou v. Greece and Germany, 59021/00 (2002). Dazu auch S. 19/I/3.

⁵⁰⁹ MRA, Sechremelis v. Greece, 1507/2006 (2010), Ziff. 6.4 f. und 10.3–10.5.

rung gegen einen fremden Staat eine «zivilrechtliche Streitigkeit» («suit at law») nach Art. 14 Abs. 1 Pakt II darstellt. Dabei bestätigt er seine Rechtsprechung, wonach diese weit zu verstehen ist und nicht nur zivilrechtliche Vertrags-, Eigentums- und Haftpflichtverfahren, sondern auch analoge Streitigkeiten des öffentlichen Rechts erfasst. Ob eine entsprechende Streitigkeit vorliege, sei im Einzelfall mit Blick auf die geltend gemachte Forderung zu entscheiden⁵¹⁰. Sodann erwägt der Ausschuss, dass das Recht auf ein faires Verfahren und auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 Pakt II einen Anspruch auf Vollstreckung rechtskräftiger Urteile beinhaltet, andernfalls diese Garantien wirkungslos blieben. Dass in Griechenland die Vollstreckung rechtskräftiger Urteile (gegen andere Länder) der Zustimmung des Justizministers bedarf, komme daher einer Einschränkung der beiden Garantien gleich. Ohne weitere Begründung zieht der Ausschuss daraufhin den Schluss, dass der Eingriff vorliegend gerechtfertigt ist⁵¹¹. Im Ergebnis vertritt der Menschenrechtsausschuss zum Verhältnis Staatenimmunität und Menschenrechte dieselbe Haltung wie der EGMR.

c) Abweichende Minderheitsmeinung

Drei Ausschussmitglieder vertreten in Sechremelis die abweichende Meinung, dass die Anerkennung der Vollstreckungsimmunität Deutschlands gegen Pakt II verstößt⁵¹². Dies begründen sie folgendermassen: Die Weigerung Griechenlands, das Urteil der Beschwerdeführenden zu vollstrecken, bedeute letztlich nicht eine Beschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren und auf eine wirksame Beschwerde, sondern hebe dieses faktisch auf. Dass die Beschwerdeführenden ihren Anspruch allenfalls in Deutschland oder inskünftig mit Zustimmung Deutschlands durchsetzen können, genüge den Anforderungen an eine wirksame Beschwerde und an eine gerichtliche Beurteilung innert nützlicher Frist nicht. Die Minderheit anerkennt ausdrücklich, dass die gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität im öffentlichen Interesse liegt, da sie die Stabilität der internationalen Beziehungen fördert. Sie kritisiert jedoch, dass die Mehrheit nicht versucht habe einen Ausgleich zwischen der Staatenimmunität und Pakt II

⁵¹⁰ «[I]n the light of the nature of the right in question».

⁵¹¹ «In the particular circumstances of the present case, without prejudice to future developments of international law as well as those developments that may have occurred since the massacre perpetrated on 10 June 1944, the committee considers that the refusal of the Minister of Justice to give consent to enforcement measures [...] does not constitute a breach of article 2, paragraph 3 read together with article 14, paragraph 1 of the Covenant»; Ziff. 10.5 des Entscheids.

⁵¹² MRA, Sechremelis v. Greece, 1507/2006 (2010), *dissenting opinion (merits)* Bouzid, Lallah und Salvioli.

herzustellen, sondern Ersterer den Vorrang gegenüber Art. 2 und Art. 14 Pakt II einräumt. Das Recht auf wirksame Beschwerde und auf gerichtliche Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche stelle eine effektive und rechtsstaatliche Beurteilung und Umsetzung der Paktgarantien sicher und verkörpere damit eines der zentralen Prinzipien des Übereinkommens. Der Pakt sehe weder explizit noch implizit vor, dass zwecks Gewährung der Staatenimmunität davon abgewichen werden dürfe. Die Einhaltung der Menschenrechte liege ebenso im öffentlichen Interesse wie die Staatenimmunität. Die Staatenimmunität und der UNO-Pakt verfolgten je eigene Ziele und stünden in einem offensichtlichen Konflikt zueinander. Wenn internationale Normen oder Verträge miteinander kollidierten, müsse ein Ausgleich angestrebt werden. Es gelte Massnahmen zu finden, die Ziel und Zweck sowie die grundlegende Integrität («essential integrity») der sich widerstreitenden Völkerrechtsregeln möglichst wahren. Diesen Ausgleich sieht die Minderheit darin, dass Griechenland die Schadenersatzforderungen der Beschwerdeführenden begleiche und danach von Deutschland Schadenersatz fordert. Das Staatenimmunitätsrecht schliesse ein derartiges Vorgehen nicht aus. Vorliegend seien Art. 2 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 Pakt II verletzt, da die griechische Gesetzgebung die Vollstreckung von der Zustimmung des Justizministers abhängig macht (die *in casu* nicht erteilt worden ist), ohne als kompensatorische Massnahme die Begleichung der Schuld durch Griechenland vorzusehen.

3. Weitere Aussagen des Menschenrechtsausschusses zur Immunität

Dass der Menschenrechtsausschuss die Staatenimmunität und andere völkerrechtliche Immunitäten als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Konventionsrechte und insbesondere das Recht auf Zugang zu einem Gericht in zivilrechtlichen Streitigkeiten erachtet, ergibt sich nicht nur aus dem vorangehend dargestellten Urteil Sechremelis gegen Griechenland. So nennt der Ausschuss die völkerrechtlichen Immunitäten bereits in seiner allgemeinen Bemerkung zu Art. 14 Pakt II ausdrücklich als mögliche Rechtfertigung für einen Eingriff in das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf gerichtliche Beurteilung von zivilrechtlichen Streitigkeiten⁵¹³. Ein weiterer Beleg für diese Haltung findet sich auch in den abschliessenden Bemerkungen zum Staatenbericht Belgiens,

⁵¹³ MRA, General Comment Nr. 32 (2007), Ziff. 18: «The failure of a State party to establish a competent tribunal to determine such rights and obligations or to allow access to such a tribunal in specific cases would amount to a violation of article 14 if such limitations are not based on domestic legislation, are not necessary to pursue legitimate aims such as the proper administration of justice, or are based on exceptions from jurisdiction deriving from international law such, for example, as immunities, or if the access left to an individual would be limited to an extent that would undermine the very essence of the right».

in denen der Ausschuss die Empfehlung abgibt, für die Opfer von Verletzungen des humanitären Völkerrechts den Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde sicherzustellen, sofern nicht die diplomatische Immunität Anwendung findet⁵¹⁴. Keine Aussagen des Menschenrechtsausschusses liegen soweit ersichtlich bislang zum Verhältnis der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität zu zwingenden Paktgarantien vor.

4. Haltung der übrigen Vertragsausschüsse zu den Immunitäten

Bei den übrigen Vertragsausschüssen hat das Verhältnis der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität zu den Menschenrechtsgarantien bisher soweit ersichtlich nur wenig und jedenfalls keine vertiefte Beachtung gefunden. Der Wanderarbeitnehmerausschuss (CMW) befasste sich in seiner ersten allgemeinen Bemerkung mit der Situation von ausländischen Hausangestellten. Er betonte im Zusammenhang mit dem Zugang zu Gerichten und Rechtsmitteln die Notwendigkeit, dass auch ausländische Hausangestellte, deren Arbeitgeberschaft diplomatische Immunität genießt, im Fall von Rechtsverletzungen ihre Rechtsansprüche durchsetzen und Wiedergutmachung erhalten⁵¹⁵. Der Frauenrechtsausschuss (CEDAW) erwähnt in seiner allgemeinen Bemerkung zu den Wanderarbeitnehmerinnen, dass der Zugang zu einem Gericht für Hausangestellte von Diplomatinen und Diplomaten ein Problem darstellt⁵¹⁶. Der Ausschuss gegen Folter (CAT) empfahl Kanada in den abschliessenden Bemerkungen zu dessen Staatenbericht, sicherzustellen, dass Folteropfer auch für im Ausland begangene Folter in Zivilverfahren entschädigt werden können⁵¹⁷.

III. Lehrmeinungen zur Praxis von IGH und Menschenrechtsorganen

1. Lehrmeinungen zur Praxis des IGH

Die Literatur beurteilt die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs zum Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten –

⁵¹⁴ MRA, Concluding Observations Belgien (2004), Ziff. 9.

⁵¹⁵ CMW, General Comment Nr. 1 (2011), Ziff. 49. Die Schweiz hat die Wanderarbeiterkonvention nicht ratifiziert.

⁵¹⁶ CEDAW, General Comment Nr. 26 (2008), Ziff. 21: «In some cases, diplomats have perpetrated sexual abuse, violence and other forms of discrimination against women migrant domestic workers while enjoying diplomatic immunity».

⁵¹⁷ CAT, Concluding Observations Kanada (2012), Ziff. 15.

wenig überraschend – kontrovers. Das zeigen namentlich die Reaktionen auf das 2012 gefällte Urteil Deutschland gegen Italien⁵¹⁸.

Ein Teil der Lehre begrüsst das Urteil im Ergebnis und in der Methodik⁵¹⁹. Gelobt wird daran vor allem, dass der IGH mit der Prüfung, ob sich in der konkret zu beurteilenden Konstellation eine völkergewohnheitsrechtsrechtliche Ausnahme zur Geltung der Immunität herausgebildet habe, das methodisch korrekte Vorgehen gewählt und er sich zudem vertieft mit der Staatenpraxis auseinandergesetzt habe. Damit habe er der Versuchung widerstanden, sich die Funktion des völkerrechtlichen Gesetzgebers anzumassen und mit dogmatisch unscharfen, insbesondere teleologischen, Argumentationsweisen ergebnisorientiert eine Völkerrechtsentwicklung (zu Gunsten der Menschenrechte) zu erzwingen. Der Gerichtshof habe damit sowohl methodisch als auch im Ergebnis, das heisst mit der Bestätigung der Geltung der Staatenimmunität auch bei schwersten, durch die Armee des beklagten Staats in einem bewaffneten Konflikt auf dem Territorium des Gerichtsstaats begangenen Menschenrechtsverletzungen einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit und zur Stabilität der internationalen Beziehungen geleistet.

Ein anderer Teil der Doktrin lehnt dagegen vor allem das methodische Vorgehen des Internationalen Gerichtshofs ab⁵²⁰. Beanstandet wird im Wesentlichen, dass – soweit das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten in Frage steht – sich der IGH darauf beschränkt zu prüfen, ob sich (bereits) eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zur Geltung der Immunität herausgebildet hat. Ist dies zu verneinen, greift die Immunität. Mit der gewählten Vorgehensweise umgehe der IGH die Beantwortung der sich stellenden Grundsatzfrage, wie zwei völkerrechtliche Normkomplexe (unterschiedlichen Alters), die in einem Spannungsverhältnis stehen, zueinander in Beziehung zu setzen sind. Derartige Fragestellungen gehörten zu den typischen Aufgaben von Gerichten. Die formalistische Vorgehensweise des Internationalen Gerichtshofs sei ungeeignet, um die Beziehung zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten zu bestimmen. Die Frage,

⁵¹⁸ Dazu S. 169 ff. Für zahlreiche Hinweise auf die kaum zu überblickende Literatur siehe KOLB, *Chronique*, S. 169, Fn. 18.

⁵¹⁹ Zustimmend u.a. KOLB/JARDIM OLIVEIRA, *Immunités juridictionnelles*, S. 254 ff.; OELLERS-FRAHM, *State Immunity*, S. 389–399; KOLB, *Chronique*, S. 168 ff.; KREIKER, Urteil des IGH vom 3.2.2012, S. 113 ff.

⁵²⁰ So z.B. VAN ALEBEEK, *Germany v. Italy*, S. 281–317; DIES., *Domestic Courts*, Ziff. 4; KRAJEWSKI/SINGER, *Front-Runners*, S. 1–34. Vgl. auch HERMANN-JOSEF BLANKE/LARA FALKENBERG, *Besteht Staatenimmunität bei Kriegsverbrechen im Lande des Forumstaats? Zur Entscheidung des IGH vom 3.2.2012 im Fall Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, in *ZöR* 2014, S. 5–38, 28 ff.

ob und in welcher Form zwischen diesen beiden Normbereichen ein Ausgleich vorzunehmen ist, könne nur mittels einer koordinierenden Auslegung («systemic integration»)⁵²¹ und unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien⁵²² gelöst werden⁵²³. Ein Teil der Autorinnen und Autoren, welche den methodischen Ansatz des Internationalen Gerichtshofs kritisiert, befürwortet dennoch das konkrete Ergebnis des Urteils Deutschland gegen Italien, andere lehnen auch dieses ab⁵²⁴.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die vorangehend skizzierte Kritik am methodischen Vorgehen des Internationalen Gerichtshofs berechtigt⁵²⁵. Dennoch überzeugen die Urteile Deutschland gegen Italien und Kongo gegen Belgien im Ergebnis, wonach Deutschland und der amtierende Aussenminister Kongos auch für schwerste Menschenrechtsverletzungen Immunität genießen⁵²⁶.

2. Lehrmeinungen zur Praxis der Menschenrechtsorgane

Auch die Rechtsprechung des EGMR zum Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten wird unterschiedlich aufgenommen: Die Reaktionen reichen von dezidiert Ablehnung bis hin zu totaler Zustimmung⁵²⁷. Vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit erfährt dagegen in der Literatur soweit ersichtlich – mit Ausnahme der Antifolterkonvention – das Verhältnis der Immunitäten zu den universellen Menschenrechtskonventionen⁵²⁸.

Ein Teil der Doktrin lehnt die Rechtsprechung des EGMR ab. Nach dieser Auffassung verneint der EGMR zu Unrecht, dass die Gewährung der Staatenimmunität Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt. Damit verhindere er einen wirksamen Schutz durch die EMRK. Nach Bröhmer besteht kein Raum für die Annahme

⁵²¹ Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK und S. 223.

⁵²² Vgl. hierzu KREIKER, Urteil des IGH vom 3.2.2012, S. 113 ff. und 120 f. sowie DERS., Exemptionen, S. 77 ff. und 224 ff.

⁵²³ Vgl. für eine anders geartete Kritik des methodischen Vorgehens des IGH z.B. ORAKHELASHVILI, Germany v. Italy, S. 609–616.

⁵²⁴ Auch das Ergebnis ablehnend etwa ORAKHELASHVILI, Germany v. Italy, S. 609–616, insb. 616 und RICCARDO PISILLO MAZZESCHI, Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2012, 2, S. 310–326; dieses befürwortend hingegen z.B. VAN ALEBEEK, Germany v. Italy, S. 313.

⁵²⁵ Dazu eingehender S. 205 ff. und 217 ff.

⁵²⁶ Vgl. dazu auch S. 277 f. und 281.

⁵²⁷ Für die eigene Würdigung siehe S. 205 ff.

⁵²⁸ Zur Haltung der Lehre zur Staatenimmunität bei Folter siehe S. 189, Fn. 497; ferner z.B. APPELBAUM, Staatenimmunität, S. 157–163.

eines Immunitätsvorbehalts im Rahmen der EMRK, da das Abkommen (Wortlaut, Sinn und Zweck, Geschichte) die völkerrechtliche Staatenimmunität nicht als (zulässige) Rechtfertigung für die Einschränkung der EMRK-Garantien anerkenne⁵²⁹. Andere Autorinnen und Autoren argumentieren, dass die Urteile zur Staatenimmunität der sonstigen Praxis des EGMR widersprechen. Das Kriterium der Verhältnismässigkeit werde unterlaufen, wenn aus dem Umstand, dass die Staatenimmunität ein legitimes Ziel («legitimate aim») für eine Einschränkung darstelle, auf die Verhältnismässigkeit des Eingriffs geschlossen werde, ohne die gegenläufigen Interessen abzuwägen (Blankoimmunität)⁵³⁰. Die Urteile zur Staatenimmunität stünden überdies im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs, welche die grosse Bedeutung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht für die Rechtsstaatlichkeit betone und hervorhebe, dass die EMRK ein lebendiges Instrument («living instrument») sei, das wirksame und nicht bloss illusorische Rechte gewähre⁵³¹. Mit Blick auf das Urteil *Al-Adsani gegen Vereinigtes Königreich* kritisiert ein Teil des Schrifttums, dass der EGMR zu Unrecht zwischen dem materiellen Gehalt des zwingenden Folterverbots und den prozeduralen Verpflichtungen unterscheide⁵³². Auch die prozedurale Durchsetzung werde durch das Folterverbot geschützt und gehe als zwingendes Völkerrecht der Staatenimmunität vor. Der EGMR habe demnach zu Unrecht eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht verneint. Die Unterscheidung zwischen dem prozeduralen und materiellen Gehalt sei artifizuell und befördere die Straflosigkeit für Folter.

Ein anderer Teil des Schrifttums begrüsst dagegen, dass der EGMR die Staatenimmunität als inhärente Schranke des Anspruchs auf Zugang zu einem Gericht anerkennt⁵³³. Entsprechend verneint der Gerichtshof nach dieser Auffassung zu Recht eine Konventionsverletzung, wenn nationale Gerichte gestützt und im Rahmen der völkerrechtlichen Immunitäten Beschwerden gegen fremde Staaten nicht materiell beurteilen. In der Literatur wird unter anderem ausdrücklich befürwortet, dass der Gerichtshof das allgemeine Völkerrecht berücksich-

⁵²⁹ BRÖHMER, *State Immunity*, insb. S. 186 ff.

⁵³⁰ Diesen Kritikpunkt erheben z.B. SUDRE, *Jurisprudence*, S. 26 f.; VOYIAKIS, *Access to Court*, S. 310 ff., APPELBAUM, *Staatenimmunität*, S. 180.

⁵³¹ Siehe z.B. SUDRE, *Jurisprudence*, S. 23 ff.

⁵³² EGMR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (GC), 35763/97 (2001). Ablehnend gegenüber diesem Urteil z.B. LORNA MCGREGOR, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, in *EJIL* 2008, S. 903–919 und ORAKHELASHVILI, *Immunity and Hierarchy*, insb. S. 958 f.

⁵³³ Grundsätzlich auf der Linie des EGMR z.B. LENGELSEN, *Staatenimmunität*, S. 63; MAIERHÖFER, *EGMR*, S. 391 ff.; KLOTH, *Immunities*, insb. S. 200 ff.; im Ergebnis auch ROGER O'KEEFE, *State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds*, in *44 Vand. J. Transnat'l L.* 2011, S. 999–1045, insb. 1013 f. und 1025 ff.

tigt und die EMRK nicht isoliert auslegt. Positiv bewertet wird mitunter auch, dass der EGMR in Bezug auf das allgemeine Völkerrecht eine zurückhaltende Rechtsprechung ausübt und nicht die Rolle eines Modernisierers des Völkerrechts übernimmt⁵³⁴.

Trotz grundsätzlicher Zustimmung zur EGMR-Rechtsprechung vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, dass – entgegen dem EGMR – eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur zu verneinen sei, soweit das Völkerrecht die Staatenimmunität klar vorgibt. Soweit sie hingegen völkerrechtlich umstritten ist, sei eine Vertragspartei nicht verpflichtet, Immunität einzuräumen. Tue sie dies dennoch, verletze sie das Recht auf Zugang zum Gericht. Der EGMR räume den Vertragsparteien daher in solchen Fällen zu Unrecht einen «margin of appreciation» ein⁵³⁵.

Eine weitere Lehrmeinung heisst zwar das Ergebnis der EGMR-Rechtsprechung gut, wonach die Gewährung der Immunität keine Verletzung der EMRK bewirkt. Falsch ist ihrer Meinung nach aber die Begründung. Gemäss Art. 1 EMRK seien die Vertragsparteien verpflichtet, allen in ihrer Hoheitsgewalt («jurisdiction») unterstehenden Personen, die Rechte und Freiheiten der EMRK zu sichern. Die völkerrechtliche Staatenimmunität entziehe den Vertragsparteien die Gerichtshoheit über Streitigkeiten gegen Drittstaaten. Ihnen fehle es insoweit an der Jurisdiktion nach Art. 1 EMRK, sodass die EMRK-Garantien überhaupt nicht anwendbar seien⁵³⁶.

Denselben Schluss zog Appelbaum für den UNO-Pakt II, allerdings noch bevor der Menschenrechtsausschuss *Sechremelis* gegen Griechenland entschieden hat⁵³⁷. Übereinstimmend mit der Mehrheit der Ausschussmitglieder in *Sechremelis* vertritt er im Ergebnis die Meinung, dass die Anerkennung der Staatenimmunität den Anspruch auf eine wirksame Beschwerde (Art. 2 Abs. 3 Pakt II) und das Recht auf eine gerichtliche Beurteilung von zivilrechtlichen Streitigkeiten (Art. 14 Pakt II) nicht verletze. Abweichend davon begründet er dies im Wesentlichen damit, dass Art. 14 Abs. 1 Pakt II nur einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung von zivilrechtlichen Ansprüchen vor den zuständigen Gerichten einräume. Art. 14 Abs. 1 Pakt II setze die Gerichtsbarkeit voraus und vermöge sie nicht zu erweitern. Soweit die völkerrechtlichen Immunitäten gelten, fehle es den Gerichten im Forumsstaat an der Gerichtsbarkeit. Art. 14 Abs. 1 Pakt II sei

⁵³⁴ MAIERHÖFER, EGMR, S. 391–398.

⁵³⁵ Siehe z.B. KLOTH, Immunities, insb. S. 201 f.

⁵³⁶ So z.B. VOYIAKIS, Access to Court, insb. S. 307 ff.; JONES, Article 6 EHCR, S. 469 f.; in diese Richtung auch (mit weiterer Differenzierung) ROSANNE VAN ALEBEEK, *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford etc. 2008, S. 394 ff.

⁵³⁷ APPELBAUM, Staatenimmunität, S. 163–168 m.H. auf die Lehre; zum Entscheid S. 193.

in solchen Situation daher nicht anwendbar⁵³⁸. Mit der gleichen Argumentation verneint der Autor auch die Anwendbarkeit des Rechts auf eine wirksame Beschwerde (Art. 2 Abs. 3 Pakt II), soweit völkerrechtliche Immunitäten greifen.

IV. Zusammenfassung der Praxis von EGMR und Menschenrechtsausschuss zur Immunität von Staaten und Diplomaten

Während der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den letzten Jahren zahlreiche Urteile zum Verhältnis der Staatenimmunität zu den EMRK-Garantien gefällt hat, liegen dazu noch kaum vertiefte Aussagen der UNO-Vertragsüberwachungsorgane vor⁵³⁹. Eine Ausnahme bildet das Urteil Sechremelis gegen Griechenland des Menschenrechtsausschusses aus dem Jahr 2010, welches für die übrigen Vertragsüberwachungsorgane Signalwirkung haben dürfte. Es zeigt, dass der Menschenrechtsausschuss im Wesentlichen der Linie des EGMR folgt. Nach dessen Rechtsprechung verletzen die Vertragsstaaten die EMRK nicht, wenn Eingriffe auf die Beachtung der Staatenimmunität (Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität) zurückzuführen sind. Begründet wird dies damit, dass Menschenrechtsverträge nicht isoliert, sondern im Kontext des allgemeinen Völkerrechts auszulegen sind. Die Respektierung der Staatenimmunität und der Souveränität anderer Länder sowie das Bestreben, einvernehmliche internationale Beziehungen zu befördern, stellen nach dem EGMR ein legitimes öffentliches Interesse für einen Eingriff in die Menschenrechte dar, der grundsätzlich auch verhältnismässig ist. Die Verhältnismässigkeit wird nur verneint, wenn eine Vertragspartei über das völkerrechtlich anerkannte Mass hinaus Immunität zugesteht. Im Ergebnis akzeptieren der EGMR und der Menschenrechtsausschuss die Staatenimmunität pauschal als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Vertragsgarantien, indem das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit bejaht werden, ohne dass die im Einzelfall auf dem Spiel stehenden Interessen des betroffenen Individuums berücksichtigt und gegen die mit der Immunität verfolgten Interessen abgewogen würden. Eine Einzelfallprüfung erfolgt nur bezüglich des Umfangs der Immunität. Als Massstab in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten stellt der EGMR nach der neueren Rechtsprechung auf Art. 11 UNCSI ab. Er spricht dieser Norm (bereits) gewohnheitsrechtlichen

⁵³⁸ Nach der hier – übereinstimmend mit dem EGMR und dem MRA vertretenen Meinung – stellt die Immunität die menschenrechtliche Jurisdiktion des Gaststaats nicht in Frage. Dazu S. 158 ff.

⁵³⁹ Die Würdigung der Praxis des EGMR und des MRA erfolgt auf S. 205 ff.

Charakter zu und wendet sie auch auf Länder an, die (noch) nicht Vertragspartei sind. Des Weiteren hat er bezüglich Art. 11 UNCSI entschieden, dass die Ausnahmen nach Abs. 2 – das heisst, die Fälle, in denen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Immunität gilt – eng auszulegen sind. Implizit anerkennen EGMR und Menschenrechtsausschuss mit ihrer Praxis, dass die Respektierung der Staatenimmunität die Jurisdiktion der Vertragsstaaten und ihre Bindung an die Vertragsgarantien nicht aufhebt.

Noch nicht umfassend und abschliessend Stellung bezogen haben die Menschenrechtsorgane zur Beziehung zwischen völkerrechtlichen Immunitäten und zwingenden Menschenrechtsgarantien. In den bisherigen Urteilen konnte der EGMR einen Normkonflikt zwischen der Staatenimmunität und zwingenden Garantien im Wesentlichen verneinen. So erwog er in den Urteilen *Al-Adsani gegen Grossbritannien* (2001) und *Jones gegen Grossbritannien* (2014), dass das Folterverbot keinen Anspruch auf eine *zivilrechtliche* Klagemöglichkeit für *im Ausland* begangene Folter einräume und völkerrechtlich auch nicht (eindeutig) anerkannt sei, dass ein Staat (und seine Angestellten) insoweit keine Staatenimmunität beanspruchen können. In einem weiteren Urteil handelte er das Verhältnis zwingendes Völkerrecht und Staatenimmunität mit der knappen Bemerkung ab, dass bislang im Völkerrecht keine Ausnahme von der Staatenimmunität für Zivilklagen betreffend Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegen Staaten anerkannt sei⁵⁴⁰.

Zum Verhältnis der diplomatischen Immunität zum Menschenrechtsschutz liegen bis heute keine eingehenden Aussagen des EGMR und der UNO-Vertragsausschüsse vor. Es ist aber höchst wahrscheinlich, dass sie auch in diesem Bereich analog zu ihrer Praxis zur Staatenimmunität urteilen werden.

⁵⁴⁰ EGMR, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 59021/00 (2002).

Würdigung der internationalen Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte

I. Wirkung der internationalen Praxis auf Hauspersonal und Gaststaaten

1. Wirkung auf das Hauspersonal von Missionen und Diplomaten

Die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des UNO-Menschenrechtsausschusses zum Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten zu den Menschenrechten verbessert den – aufgrund des Immunitätsrechts für private Hausangestellte praktisch inexistenten und für dienstliches Hauspersonal sehr lückenhaften – (Menschen-) Rechtsschutz in der Schweiz und anderen Gaststaaten nicht. Grund hierfür ist, dass sich der Rechtsschutz gemäss diesen Instanzen nach Massgabe der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität richtet⁵⁴¹. Deshalb kommen die dem Gaststaat obliegenden (positiven) menschenrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den auf seinem Territorium anwesenden Personen bei Hausbediensteten – namentlich die Gewährung des Zugangs zu den Gerichten und wirksamer Beschwerdemöglichkeiten sowie weitere (positive) Pflichten etwa aus dem Anspruch auf körperliche Unversehrtheit, dem Folterverbot oder dem Sklavereiverbot – nicht oder nur sehr beschränkt zum Tragen.

Im Ergebnis bleibt es damit bei den im zweiten und dritten Teil zum Immunitätsrecht aufgezeigten Lücken im Rechtsschutz des Hauspersonals⁵⁴²: Der Rechtsschutz gegenüber Diplomatinen, deren Familienangehörigen sowie weiterem Missionspersonal wird vor allem durch die diplomatische Immunität sowie den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Person, der Residenz und der Mission nach dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen ausgeschlossen (insb. Art. 29, Art. 30 und Art. 31 WÜD). Konkret können (dienstliche und private) Hausangestellte einzelne Diplomaten (und deren Familienangehörige) nicht straf- oder zivilrechtlich zur Verantwortung ziehen, solange Erstere hier im Dienst sind und sofern der Entsendestaat nicht auf die Immunität verzichtet. Der Rechtsschutz im Gaststaat nach Beendigung des Diensts der Diplomaten ist mangels Vollstreckbarkeit nicht effektiv.

⁵⁴¹ Zur Reichweite der Immunitäten siehe Teil 2 und 3.

⁵⁴² Für Einzelheiten siehe insb. S. 53 f., 63 f., 90 ff., 127 ff. und 136 ff.

Die Möglichkeit, in der Schweiz Ansprüche gegen den Entsendestaat durchzusetzen, richtet sich für das dienstliche Hauspersonal ausländischer Vertretungen nach Inkrafttreten des UNCISI – sofern auch der Entsendestaat Vertragspartei ist – nach Art. 11 beziehungsweise Art. 12 UNCISI (Gerichtsbarekeitsimmunität) und Art. 18 ff. UNCISI (Vollstreckungsimmunität), ansonsten meist nach Völkergewohnheitsrecht⁵⁴³. Das bedeutet, dass Hausbedienstete ausländischer Vertretungen in der Regel zwar ein Urteil gegen den Entsendestaat erwirken können, aber keine reelle Aussicht darauf haben, dieses gegen dessen Willen im Gastland zu vollstrecken.

2. Wirkung auf den Gaststaat

Welche Schlussfolgerungen sind aus Sicht der Gaststaaten aus der Praxis des Internationalen Gerichtshofs, des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs und der UNO-Vertragsüberwachungsorgane zum Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten zu den Menschenrechten zu ziehen?

Die Rechtsprechung des EGMR und des Menschenrechtsausschusses bedeutet zunächst, dass die Schweiz als Gastland gegenüber den auf ihrem Territorium tätigen Hausangestellten ausländischer Vertretungen und Diplomaten die Menschenrechte einzuhalten hat (Jurisdiktion). In der Sache nimmt diese Praxis aber massive Lücken im Menschenrechtsschutz in Kauf, da sich dieser im Ergebnis nach Massgabe der Immunitäten richtet. Will die Schweiz als Gaststaat eine Völkerrechtsverletzung vermeiden, ist sie daher gehalten, bei Rechtsverstössen gegen Hausangestellte ausländischer Vertretungen und Diplomaten das diplomatische Recht und die Immunitäten strikt einzuhalten. Gemäss der aktuellen Rechtsprechung begeht sie keine Menschenrechtsverletzung, wenn sie beispielsweise ausgebeuteten Hausbediensteten wegen Beachtung der Staatenimmunität oder der diplomatischen Immunität den Zugang zu den Gerichten verwehrt, Massnahmen zu ihrem Schutz unterlässt (etwa Befreiung aus Versklavung, Polizeieinsatz gegen gewalttätige Diplomaten) oder Gerichtsurteile in der Schweiz nicht vollstreckt werden können. Umgekehrt würde ein Gastland Völkerrecht brechen, wenn er die Staatenimmunität, die diplomatische Immunität oder weitere ihm nach dem WÜD obliegende Pflichten unter Hinweis auf seine menschenrechtlichen Verpflichtungen nicht respektiert. Normativ erwachsen Gaststaaten im Zusammenhang mit der Ausbeutung von dienstlichen und privaten Hausangestellten nach der Praxis des EGMR und des MRA keine menschen-

⁵⁴³ Zu berücksichtigen ist, dass der EGMR Art. 11 UNCISI (arbeitsrechtliche Streitigkeiten) gewohnheitsrechtliche Geltung zuspricht und somit auch auf Länder anwendet, die das Abkommen nicht ratifiziert haben.

rechtlichen Pflichten, die im Konflikt mit ihren Verpflichtungen aus dem Staatenimmunitätsrecht oder dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (insb. diplomatische Immunität, Unverletzlichkeiten) stehen, da diese Rechtsprechung inhaltliche Widersprüche zwischen den beiden Rechtsbereichen verneint beziehungsweise formell ausräumt⁵⁴⁴. Faktisch erfolgt diese Abstimmung, das heisst die Beachtung der Immunitäten aber zum Preis, dass der Menschenrechtsschutz der Hausbediensteten ausländischer Missionen und Diplomatinen im Gaststaat ausgehebelt und jener der dienstlichen Angestellten merklich eingeschränkt ist. Wenn sie auch im Entsendestaat keinen (wirksamen) Rechtsschutz erhalten können, bleiben sie praktisch rechtlos. Die gegenwärtige Rechtslage trägt den Souveränitätsanliegen und der Vermeidung von Störungen in den internationalen Beziehungen Rechnung, wirkt sich aber sehr nachteilig auf den Rechtsschutz der betroffenen Individuen aus. Die geschilderten Lücken im Menschenrechtsschutz für in der Schweiz begangene (teils schwere) Menschenrechtsverletzungen sind nicht nur aus Sicht der Opfer, sondern auch aus rechtsstaatlicher Optik unbefriedigend. Will die Schweiz diese negativen Auswirkungen auf das Hauspersonal mindern, so hat sie nach dem aktuellen Stand des Völkerrechts vor allem die Möglichkeit, im nationalen Recht Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen⁵⁴⁵. Dabei sind ihr allerdings insoweit Grenzen gesetzt, als diese Massnahmen nicht im Widerspruch zum völkerrechtlichen Immunitätsrecht stehen dürfen, andernfalls sie eine Völkerrechtsverletzung begeht.

II. Bewertung der internationalen Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte

1. Schwächen der Praxis zum Verhältnis Immunitäten und Menschenrechte

Der Internationale Gerichtshof und die Menschenrechtsorgane gehen von einer Widerspruchslosigkeit zwischen der Staatenimmunität und wohl analog der diplomatischen Immunität einerseits und dem Menschenrechtsschutz andererseits aus, beziehungsweise stellen eine solche her. Ihre Praxis suggeriert eine Vereinbarkeit der Immunitäten mit den Menschenrechten, die es aufgrund deren unterschiedlicher Zielsetzungen so nicht gibt und die in der Sache teils nur zum (hohen) Preis der Wirkungslosigkeit der Menschenrechte erreicht wird.

⁵⁴⁴ Siehe zur Würdigung dieses Vorgehens gleich anschliessend.

⁵⁴⁵ Dazu insb. § 22.

Die vom EGMR praktizierte völkerrechtskonforme, das heisst immunitätsrechtskonforme, Auslegung der Menschenrechte bewirkt einen pauschalen Vorrang der Immunitäten. Indem der EGMR und der Menschenrechtsausschuss bei einem durch die Respektierung der völkerrechtlichen Immunitäten bedingten Eingriff eine Rechtsverletzung automatisch verneinen und dadurch die Wirkungslosigkeit der Menschenrechte hinnehmen, werden sie ihrer Aufgabe – die Einhaltung der EMRK beziehungsweise von Pakt II durch die Vertragsparteien sicherzustellen – aber vor allem auch ihren eigenen Grundsätzen nicht gerecht⁵⁴⁶. Weder ist diese Haltung mit dem in der Rechtsprechung des EGMR solid verankerten Prinzip vereinbar, dass die EMRK keine theoretischen oder illusorischen, sondern effektive und praktikable Rechte garantiert⁵⁴⁷, noch mit der regelmässig betonten essentiellen Bedeutung des Zugangs zu den Gerichten als Grundpfeiler des Rechtsstaats, der nicht seines Gehalts entleert werden dürfe⁵⁴⁸. Es wirkt beschönigend, wenn der EGMR bei immunitätsbedingten Beschränkungen des Zugangs zu einem Gericht und anderen menschenrechtlichen Verpflichtungen generell, das heisst ohne die für das betroffene Individuum auf dem Spiel stehenden Interessen zu berücksichtigen und ohne Annahme einer Pflicht der Vertragsparteien, alternative Massnahmen zu ergreifen⁵⁴⁹, auf einen verhältnismässigen Eingriff schliesst, obschon die Betroffenen dadurch unter Umständen jeglicher Rechtsschutzmöglichkeiten verlustig gehen. Nicht gefolgt werden kann dem EGMR zudem, soweit er eine Verletzung des Anspruchs auf Zugang zu einem Gericht auch verneint, wenn die Gewährung der Staatenimmunität im Völkerrecht umstritten ist. Da die Immunität den Menschenrechtsschutz praktisch aushebelt, erweist es sich als verfehlt, den Vertragsparteien einen Ermessensspielraum einzuräumen, um über das im Völkerrecht eindeutig geforderte Mass hinaus Immunität zu gewähren.

Hauptsächlicher Schwachpunkt der Haltung des Internationalen Gerichtshofs ist, dass sie letztlich an der Realität vorbeigeht. Der Gerichtshof verweist zwar (formal) korrekt darauf hin, dass die (prozedurale) Immunität keinen unmittelbaren Bezug zur Rechtmässigkeit staatlichen Handelns und damit der Verantwortlichkeit aufweist. Tatsache ist jedoch, dass mit der Gewährung der Im-

⁵⁴⁶ PAVONI (Human Rights, S. 92) spricht von einem «unacceptable degree of deference of human rights requirements to the doctrine of state immunity».

⁵⁴⁷ Siehe z.B. *Nada v. Switzerland* (GC), 10593/08 (2012), Ziff. 182. So bereits *Airey v. Ireland*, 6289/73 (1979), Ziff. 24: «The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective [...]. This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial».

⁵⁴⁸ Dazu S. 150 und 180.

⁵⁴⁹ Siehe dazu die weiteren Ausführungen in § 22.

munität die Möglichkeit, die Urheber von Menschenrechtsverletzungen (Private und Staaten) rechtlich zur Verantwortung zu ziehen, nicht selten dahinfällt. Dies blendet der IGH mit seiner Begründung aus, weshalb die Betonung des fehlenden Bezugs zwischen der Immunität und der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit formalistisch und konstruiert und letztlich wenig überzeugend erscheint⁵⁵⁰. Überdies weicht der IGH mit seinem methodischen Vorgehen – der Verengung auf die Frage, ob sich eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zur Immunität herausgebildet hat – der sich ihm stellenden Grundsatzfrage nach dem Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten, also zweier sich widerstreitender völkerrechtlicher Normbereiche aus. Der Gerichtshof trägt mit seiner Haltung überdies dem Wandel, den das Völkerrecht mit der Anerkennung der Menschenrechte in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, nicht angemessen Rechnung⁵⁵¹. Im Übrigen erscheint nicht nachvollziehbar, inwieweit der prozedurale Charakter der Immunität einen Widerspruch zum Recht auf Zugang zu einem Gericht als Verfahrensgarantie ausräumen soll⁵⁵². Hier besteht offensichtlich ein Konflikt zwischen zwei verfahrensrechtlichen Instrumenten: Das eine verlangt einen Zugang zu einem Gericht, während ihn das andere – jedenfalls teilweise – verhindert.

Obschon sich die Rechtsprechung des IGH, des EGMR und des Menschenrechtsausschusses zum Verhältnis des Menschenrechtsschutzes und der Staatenimmunität und weiterer völkerrechtlicher Immunitäten bremsend auf die Weiterentwicklung der nationalen Gerichtspraxis auswirken wird, ist kaum damit zu rechnen, dass der Druck für eine bessere Berücksichtigung der Menschenrechtsanliegen und namentlich auch einer (weiteren) Einschränkung insbesondere der Staatenimmunität längerfristig abnehmen wird. Die abweichenden Meinungen unter den Richterinnen und Richter des IGH und der Menschenrechtsorgane, die teils widersprechende nationale Gerichtspraxis, der anhaltende Diskurs in der Lehre wie auch das gesteigerte öffentliche Bewusstsein für den Menschenrechtsschutz generell und im Kontext der Ausbeutung von Hauspersonal lassen vermuten, dass das letzte Wort im Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten noch nicht gesprochen ist.

2. Konfliktvermeidung als Kennzeichen der gegenwärtigen Praxis

Dass die Haltung des IGH und der Menschenrechtsorgane zum Verhältnis der Immunitäten zum Menschenrechtsschutz letztlich auf einen praktisch pauscha-

⁵⁵⁰ Ähnlich im Ergebnis PAVONI, Human Rights, S. 75 f.

⁵⁵¹ Dazu auch S. 212.

⁵⁵² Ebenso DE WET/VIDMAR, Conclusions, S. 308.

len faktischen Vorrang der Immunitäten gegenüber den Menschenrechte hinausläuft und damit unter anderem der Menschenrechtsschutz für ausgebeutetes Hauspersonal ausländischer Diplomaten und Missionen in der Schweiz (und anderen Gaststaaten) nicht greift, beziehungsweise nur nach Massgabe der völkerrechtlichen Immunitäten erhältlich ist, ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass diese Rechtsprechungsorgane verschiedene Konfliktvermeidungstechniken anwenden⁵⁵³. Der Begriff des Konflikts wird nachfolgend in einem weiten Sinn verstanden und sowohl für Spannungen und Widersprüche zwischen Normen (Rechte und Pflichten) benützt, die letztlich mittels koordinierender Vertragsauslösung ausgeräumt werden können (sog. unechter Konflikt), als auch solche, bei denen dies nicht möglich ist (sog. echter Konflikt)⁵⁵⁴. Vorauszuschicken ist ferner, dass die Menschenrechtsabkommen keine und die Staatenimmunitätsabkommen (nur) sehr allgemeine Konkurrenzklauseln enthalten, welche sich nicht explizit zum Verhältnis zu den Menschenrechtsverträgen äussern und daher bei der Festlegung des Verhältnisses zwischen den Immunitätsabkommen zu den Menschenrechten zu Recht keine Rolle spielen⁵⁵⁵. Im Übrigen wäre es problematisch, wenn der Menschenrechtsschutz mittels Vorrangregeln zugunsten anderer völkerrechtlicher Verträge ausgehebelt würde.

a) Angewandte Konfliktvermeidungstechniken

Ein erstes Mittel zur Konfliktvermeidung stellt beim Internationalen Gerichtshof und teils auch beim EGMR das starke Betonen des prozeduralen Charakters der Immunität dar. Weil die Immunität – so die Argumentation – nur die Frage

⁵⁵³ Einen Überblick über die durch Gerichte verwendeten Konfliktvermeidungstechniken im Verhältnis der Menschenrechte zu verschiedenen völkerrechtlichen Normbereichen geben DE WET/VIDMAR, Conclusions, S. 305 ff. Sie ziehen gestützt auf verschiedene Teilstudien den Schluss, dass Gerichte bei Spannungen zwischen den Menschenrechten und anderen Normkomplexen (z.B. Umweltrecht, kollektive Sicherheit, internationales Handelsrecht) generell bestrebt sind, Konflikte zu vermeiden. Eine grosse Rolle spielt dabei die koordinierende Vertragsauslegung. Dagegen wird der Rückgriff auf die auf Derogation ausgerichteten Konfliktlösungsmechanismen (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) möglichst vermieden, sodass diese Instrumente praktisch bedeutungslos sind.

⁵⁵⁴ Weiterführend zum Konfliktbegriff: ILC, Fragmentierungsbericht, Ziff. 21 ff.; PAUWELYN, Conflict of Norms, insb. S. 169 ff. und MATZ, Koordinierung, insb. S. 8–13.

⁵⁵⁵ Vgl. Art. 26 UNCSI und Art. 33 ECSI. Aufgrund der (allgemeinen) Formulierung der beiden Vorschriften erscheint höchst fraglich, ob sie auch Menschenrechtsverträge erfassen. Für das ECSI geht immerhin klar aus dem Erläuternden Bericht zu Art. 33 hervor, dass das Verhältnis zu den Menschenrechtsabkommen im Rahmen der Verabschiedung der Konkurrenzklausele nicht diskutiert worden ist. Würde die Kollisionsnorm des UNCSI auf das Verhältnis zu Menschenrechtsverträgen angewandt, folgte daraus die Subsidiarität des UNCSI. Vgl. zu Art. 26 UNCSI auch FOX/WEBB, State Immunity, S. 292 ff.

beschlägt, ob im Ausland ein Gerichtsverfahren gegen ein anderes Land durchgeführt werden darf, wirke sie sich nicht auf die materielle Rechtmässigkeit und die Staatenverantwortlichkeit für widerrechtliches Handeln aus. Zwischen der prozeduralen Immunität und den Menschenrechten könne demnach kein Widerspruch bestehen. Dies gilt nach Auffassung des Gerichtshofs auch bei Verletzungen von Menschenrechten mit *Ius-cogens*-Charakter, wobei er in diesem Zusammenhang zur Begründung seiner Haltung namentlich anführt, dass sich bislang keine völkerrechtliche Regel gebildet habe, wonach die Staatenimmunität beziehungsweise die (strafrechtliche) Immunität *ratione personae* amtierender Ausenminister bei besonders gravierenden Menschenrechtsverletzungen nicht zum Tragen kommen.

Als weitere Konfliktvermeidungstechnik kommt hinzu, dass der Internationale Gerichtshof und der EGMR die *Ius-cogens*-Garantien eng auslegen. Zwingenden Charakter sprechen sie nur den Unterlassungspflichten (z.B. Verbot von Folterhandlungen und Sklavenhaltung) zu, nicht aber den aus diesen Garantien abgeleiteten positiven Pflichten, welche nicht der Verhinderung des verpönten Handelns (z.B. Folter, Sklaverei), sondern – wie etwa die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen – der nachträglichen Bewältigung einer Verletzung der Primärpflicht dienen (z.B. zivil- und strafrechtliche Ahndung)⁵⁵⁶.

Weiter ist auch das methodische Vorgehen des Internationalen Gerichtshofs zu nennen. Auch wenn es keine Konfliktvermeidungstechnik darstellt, liegt ein Zusammenhang zu seiner inhaltlichen Position nahe. Steht das Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten zu den Menschenrechten (insb. *Ius-cogens*-Garantien) in Frage, beschränkt sich der Gerichtshof methodisch im Wesentlichen auf die Prüfung, ob sich eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zu Geltung der Immunität in der betroffenen Konstellation herausgebildet hat. Mit dieser Engfassung der Fragestellung vermeidet er eine grundsätzliche Befassung mit dem Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt – abgesehen von der Immunität *ratione materiae* von der Strafverfolgung gewöhnlicher Staatsbediensteter und ehemaliger Staatsoberhäupter bei schwersten Menschenrechtsverletzungen⁵⁵⁷ – eine Ausnahme von der Geltung der Immunitäten klarerweise nicht nachgewiesen werden kann, zementiert er mit diesem methodischen Vorgehen zugleich den bestehenden (inhaltlichen) Vorrang der Immunitäten vor den Menschenrechten.

⁵⁵⁶ Dazu weiterführend JURE VIDMAR, Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?, in De Wet/Vidmar, Hierarchy, S. 13–41. Er weist zu Recht darauf hin, dass eine weite Interpretation der zwingenden Menschenrechtsverpflichtungen – konterintuitiv – nicht immer wünschbar ist, weil dadurch die Stabilität der internationalen Beziehungen gefährdet werden könnte (vgl. insb. S. 15 und 40).

⁵⁵⁷ Dazu S. 283 f.

Wichtigstes Mittel der Menschenrechtsorgane zur Konfliktvermeidung ist die immunitätskonforme Auslegung der Menschenrechte (als spezifische Form der koordinierenden Auslegung⁵⁵⁸). Dadurch ermöglichen sie, dass die Vertragsstaaten die völkerrechtlichen Immunitäten respektieren können. Sie anerkennen die Immunitäten pauschal als Rechtfertigung für Eingriffe in (nicht absolut geltende) Menschenrechte⁵⁵⁹ und erachten die Einhaltung der Staatenimmunität (und wohl analog⁵⁶⁰) der diplomatischen Immunität als legitimes Ziel für einen Eingriff, der zudem verhältnismässig ist, soweit der Gerichtsstaat die völkerrechtlich anerkannten Grenzen der Immunitäten nicht überschreitet. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall und namentlich ein Abwägen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Beachtung der Immunitäten und den Auswirkungen auf das betroffene Individuum entfallen somit. Die koordinierende Vertragsauslegung wie sie der EGMR praktiziert, läuft praktisch auf eine Vertragsänderung hinaus und erscheint daher problematisch.

b) Ursachen und Problematik

Das Bestreben des Internationalen Gerichtshofs, des EGMR und des Menschenrechtsausschusses, im Verhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten keinen (echten) Konflikt anzuerkennen, hat teils durchaus nachvollziehbare Gründe: Die völkerrechtlich vorgesehenen Konfliktlösungsmechanismen bei echten Konflikten (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) sind auf Verdrängung und nicht auf Koordination ausgerichtet und führen somit zwangsläufig zur Nichtanwendbarkeit einer der widerstreitenden Normen⁵⁶¹. Im Verhältnis

⁵⁵⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK. Mehr dazu auf S. 223.

⁵⁵⁹ Analog lässt sich bei den Schutzpflichten argumentieren. Sie setzen voraus, dass der Staat von der Menschenrechtsverletzung weiss (Wissen) und die Möglichkeit zum Eingreifen hat (Können). Die Schutzpflicht lässt sich mit der Begründung verneinen, dass dem Gaststaat das rechtliche Können abgeht, weil die an sich von ihm verlangte positive Massnahme (z.B. polizeiliches Eingreifen zum Schutz der misshandelten Hausangestellten) infolge der Immunität und Unverletzlichkeit des Täters (Diplomat) unzulässig ist.

⁵⁶⁰ Der EGMR und der MRA haben bislang keine Urteile zur diplomatischen Immunität gefällt, ein analoges Vorgehen wie bei der Staatenimmunität erscheint aber sehr wahrscheinlich. Vgl. S. 191 f. und 195 f.

⁵⁶¹ Diese völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Prinzipien sind (nur) teilweise in der VRK verankert. Vgl. ILC, Schlussfolgerungen Fragmentierungsbericht, insb. Ziff. 5. Vgl. zum Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* Art. 30 Abs. 3 und 4 VRK sowie zum Vorrang hierarchisch übergestellter Normen Art. 53 und Art. 64 VRK. Ob das Prinzip *lex posterior derogat legi priori* überhaupt ein geeignetes Mittel ist, um Konflikte zwischen Menschenrechtsabkommen und dem WÜD und/oder Immunitätsabkommen zu lösen, erscheint fraglich. Seine Anwendung wird jedenfalls dadurch erschwert, dass zunächst bejaht werden muss, dass Immunitätsabkommen und das WÜD einerseits und Menschenrechtsabkommen andererseits «denselben Gegenstand betreffen». Es ist umstritten, wann dies der

zu den Menschenrechten mit *Ius-cogens*-Charakter würde dies – soweit der Konflikt einen Gehalt mit zwingendem Charakter betrifft – automatisch zur Anwendung der Menschenrechtsgarantien führen⁵⁶². Da auch die Immunitäten, jedenfalls im Kern, essentielle und universell anerkannte Interessen der Völkerrechtsordnung verkörpern, auch wenn sie nicht zum *ius cogens* zählen, erscheint ein solch schematischer Vorrangautomatismus vor allem im Verhältnis zur Vollstreckungsimmunität (Staatenimmunität) und zur diplomatischen Immunität *ratione personae* (d.h. während der Dienstzeit im Gaststaat) problematisch. Das Bestreben, ein derartiges Szenario zu vermeiden, dürfte mit ein Grund sein für die sehr immunitätsfreundliche, den Menschenrechtsschutz teilweise aber über Gebühr einschränkende Praxis der internationalen Rechtsprechungsorgane. De Wet und Vidmar weisen denn auch zu Recht darauf hin, dass die gängigen Konfliktlösungsmechanismen bei (echten) Konflikten (insb. *lex specialis*) zwischen verschiedenen völkerrechtlichen Normkomplexen weniger gut geeignet sind, eine befriedigende Lösung zu erzielen als bei Konflikten innerhalb eines Regimes⁵⁶³. Da sich bei den Immunitäten und den Menschenrechten zwei je spezialisierte Normkomplexe gegenüberstehen, ist eine sinnvolle Charakterisierung als speziellere oder allgemeinere Norm oft kaum möglich.

Die völkerrechtlichen Immunitäten mögen im Zeitalter der Menschenrechte überholt erscheinen. Sie erfüllen jedoch grundlegende und von der gesamten Völkergemeinschaft anerkannte Funktionen: Insbesondere die Vollstreckungsimmunität und die diplomatische Immunität sind in ihrer Bedeutung für konfliktfreie und stabile Beziehungen zwischen den Staaten nicht zu unterschätzen. Man stelle sich das Konfliktpotential vor, wenn Unrechtsregime auf der Basis politischer Urteile das Eigentum anderer Länder (z.B. Botschaftsgebäude, Regierungsflugzeuge u.a.) beschlagnahmen oder ausländische Diplomateninnen und Diplomaten aus politischen Gründen festnehmen und sie in nicht rechtsstaatlichen Verfahren verurteilen. Der Internationale Gerichtshof, der EGMR und der

Fall ist (für zwei gegensätzliche Meinungen siehe z.B. ILC, Fragmentierungsbericht, Ziff. 22 f. und 253 ff. und MATZ, Koordinierung, S. 318 ff.). Darüber hinaus setzt der Vorrang eines jüngeren Vertrags gegenüber einem konfligierenden älteren identische Vertragsparteien voraus. D.h. der Vorrang gilt nur im Verhältnis zwischen Staaten, die beide Verträge ratifiziert haben. Siehe zu den Anwendungsschwierigkeiten der *Lex-posterior*-Regel auch DE WET/VIDMAR, Conclusions, S. 306.

⁵⁶² Vgl. Art. 53 und Art. 64 VRK; ob beide Normen unausweichlich die Nichtigkeit des gesamten, mit dem zwingendem Völkerrecht im Konflikt stehenden Vertrags nach sich ziehen, ist umstritten. Siehe dazu z.B. OLIVER DÖRR/KIRSTEN SCHMALENBACH (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Berlin etc. 2012, Art. 53, Rz. 57 f. und Art. 64, Rz. 13; PAUWELYN, Conflict of Norms, S. 281 f. und MATZ, Koordinierung, S. 224 f.

⁵⁶³ DE WET/VIDMAR, Conclusions, S. 305.

Menschenrechtsausschuss nehmen die mit der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität verfolgten und von der Völkergemeinschaft universell anerkannten Interessen daher nicht ohne Grund ernst. Fundamentale Werte und Interessen der Völkergemeinschaft verkörpern aber auch die seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts anerkannten individuellen Menschenrechte, was nicht zuletzt darin zum Ausdruck kommt, dass einzelne Garantien zum zwingenden Völkerrecht zählen. An der Haltung des Internationalen Gerichtshofs (und der Menschenrechtsorgane) erscheint problematisch, dass sie die mittels des Menschenrechtsschutzes erfolgte Anerkennung des Individuums als partielles Völkerrechtssubjekt – eine der prägenden völkerrechtlichen Errungenschaften des 20. Jahrhunderts – nicht angemessen reflektiert. Als Folge der Anerkennung der Menschenrechte beschlägt die Immunität heute nicht mehr nur die Interessen des sich auf die Immunität berufenden ausländischen Staats sowie jene des Gerichtsstaats, vielmehr ist als drittes, gleichermassen völkerrechtlich verbürgtes Interesse der Menschenrechtsschutz der betroffenen Individuen hinzugetreten. Die Immunität steht folglich in einem Dreiecksverhältnis. Die aktuelle Rechtsprechung übergeht dies, weshalb ihr auch kein überzeugender Interessenausgleich gelingt. Ausdruck hiervon ist, dass die Immunitäten den Menschenrechten in der Sache pauschal vorgehen und den Menschenrechtsschutz damit erheblich beeinflussen – das heisst faktisch aushebeln –, während sich umgekehrt die internationalen Menschenrechte nicht auf das bereits früher entwickelte völkerrechtliche Staatenimmunitätsrecht sowie das Recht der diplomatischen Beziehungen (insb. diplomatische Immunität) auswirken⁵⁶⁴.

Ohne an dieser Stelle abschliessend beurteilen zu wollen, um welche Art von Konflikt es sich bei den Immunitäten und den Menschenrechten im Einzelnen handelt⁵⁶⁵, scheint meines Erachtens klar, dass die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen zwei völkerrechtlichen Normkomplexen von derart grundlegender Bedeutung weder in einem generelle Vorrang der Immunitäten – sei es ein formeller oder wie in der aktuellen Praxis der Menschenrechtsorgane ein (im Ergebnis) uneingestandener – noch in einem pauschalen Vorrang der Menschenrechte bestehen kann. Zugleich stösst aber auch die koordinierende Auslegung, jedenfalls so wie sie die Menschenrechtsorgane praktizieren und die von den internationalen Rechtsprechungsorganen praktizierten Konfliktver-

⁵⁶⁴ Eine völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme besteht bis heute nur bezüglich der Immunität *ratione materiae* von der Strafverfolgung für gewöhnliche Staatsbedienstete und ehemalige Staatsoberhäupter bei schwersten Menschenrechtsverletzungen. Siehe dazu S. 283 f.

⁵⁶⁵ Ob ein echter oder ein unechter Konflikt angenommen wird, hängt letztlich vom Grad der Spannung (Unvereinbarkeit) zwischen zwei Normen ab. Vgl. MATZ, Koordinierung, S. 10.

meidungstechniken an ihre Grenzen, weil sie in der Sache, wie bereits mehrfach betont, auf einen (nicht eingestandenen) Vorrang der Immunitäten hinausläuft und der Menschenrechtsschutz nurmehr dem Namen nach besteht⁵⁶⁶.

III. Umstrittene Rolle der Gerichte bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts

Die Suche nach dem richtigen Verhältnis der Staatenimmunität und anderer völkerrechtlicher Immunitäten zum Menschenrechtsschutz *de lege ferenda* wirft die Frage nach der Rolle der (nationalen und internationalen) Gerichte bei der Rechtsentwicklung auf. Während ein Teil der Literatur eine passive Rolle der Gerichte fordert, Urteile wie dasjenige des italienischen Corte di Cassazione im Fall Ferrini⁵⁶⁷ als illegitim und aktivistisch qualifiziert und betont, dass die Änderung des Rechts und die Rechtsetzung (einzig) dem Gesetzgeber zusteht⁵⁶⁸, erachtet ein anderer Teil des Schrifttums eine aktive Rolle der Gerichte bei der Definition und Gestaltung des Verhältnisses der Immunitäten zum Menschenrechtsschutz als legitim und angebracht⁵⁶⁹.

Die Rechtsetzung und wichtige Weichenstellungen stehen im Völkerrecht zweifellos dem Gesetzgeber, das heisst den Staaten, zu. Es wäre daher grundsätzlich auch an ihm, klare Vorgaben zu machen, wie mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem (älteren) Normkomplex der Immunitäten und dem (jüngeren) Menschenrechtsschutz umzugehen ist. Dieser Aufgabe kommt er jedoch nicht nach, was sich namentlich daran zeigt, dass die Menschenrechtsverträge das Verhältnis zu den Immunitäten nicht ausdrücklich regeln. Noch deutlicher hat sich der Unwille oder die Unfähigkeit des Gesetzgebers unlängst bei der Ausarbeitung der UNO-Staatenimmunitätskonvention manifestiert: In voller Kenntnis des Spannungsverhältnisses zwischen den Menschenrechten und der Staatenimmunität und des seit Jahren darüber geführten Lehrstreits vor allem betreffend die schwersten Menschenrechtsverstöße hat er die Thematik bewusst ausgeklammert, um den Kodifikationsprozess mit diesem auch unter den Staaten kontroversen Thema nicht zu gefährden. Wenn darin nicht eine direkte Dele-

⁵⁶⁶ Vgl. DE WET/VIDMAR, Conclusions, S. 309, die darauf hinweisen, dass die koordinierende Vertragsauslegung im Ergebnis dazu führen kann, dass der Menschenrechtsschutz nur noch dem Namen nach gewahrt ist.

⁵⁶⁷ Es handelt sich um das dem Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Fall Deutschland gegen Italien vorgelagerte Verfahren. Dazu S. 169 ff.

⁵⁶⁸ Sehr prononciert in diesem Sinn KOLB/JARDIM OLIVEIRA, Immunités juridictionnelles, insb. S. 254 f. und 263 f.

⁵⁶⁹ Z.B. VAN ALEBEEK, Domestic Courts, insb. Ziff. 4.

gation an andere Völkerrechtsakteure, vorab die Gerichte zu sehen ist, sich der drängenden Thematik anzunehmen, so nimmt er dies damit zumindest in Kauf.

Der Internationale Gerichtshof verfolgt wie dargelegt einen sehr zurückhalten- den Ansatz zum Verhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten, indem er eine isolierte Betrachtung der jeweiligen Immunität vornimmt und prüft, ob sich dazu eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme herausgebildet hat. Mit der Wahl dieser Methodik steht zugleich das Ergebnis fest, denn eine gewohnheits- rechtliche Ausnahme von der Immunität (*ratione materiae*) besteht gegenwärtig – mit Ausnahme der Strafverfolgung von ehemaligen Staatsoberhäuptern und -bediensteten für gravierende Menschenrechtsverletzungen – klarerweise nicht. Die Feststellung des Internationalen Gerichtshofs, dass keine gewohnheitsrecht- liche Immunitätsausnahme anerkannt ist, wirkt sich ihrerseits (verhindernd) auf die Entstehung einer ebensolchen Ausnahme aus⁵⁷⁰. Ob der Internationale Gerichtshof mit dem gewählten Ansatz seiner Aufgabe gerecht wird, erscheint fraglich. Gehört es nicht ebenso zu seinen Aufgaben, bei Bestehen eines deut- lichen (materiellen) Spannungsverhältnisses zwischen zwei zentralen Völker- rechtsbereichen durch eine grundsätzliche Betrachtung und mittels der koordinie- renden Auslegung sowie unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze auf eine überzeugende Beziehung und einen Ausgleich zwischen den Normkom- plexen hinzuwirken? Oder wäre die Beziehung zwischen den widerstreitenden Normkomplexen nicht zumindest zu reflektieren – jedenfalls solange der Gesetz- geber dazu keine Vorgaben macht – anstatt durch das alleinige Prüfen der Heraus- bildung einer gewohnheitsrechtlichen Ausnahme den Vorrang des älteren Rechts- komplexes vor dem jüngeren einfach zu perpetuieren?⁵⁷¹

Da die Geltung der Immunitäten typischerweise vor nationalen Gerichten in Frage steht, spielen diese bei der Anwendung und Entwicklung unweigerlich eine grosse Rolle. Auf sie geht denn auch die Entwicklung von der absoluten zur restriktiven Staatenimmunität zurück. Mit dem vom Internationalen Ge- richtshof verfolgten Ansatz, der allein auf die Herausbildung einer gewohnheits- rechtlichen Praxis abstellt, wäre diese Rechtsänderung nicht möglich gewesen. Die Weiterentwicklung von Gewohnheitsrecht bedingt, dass sich einzelne Ge- richte (oder Länder) zeitweilig über das geltende Recht hinwegsetzen. Ob es tat- sächlich zu einer Rechtsänderung kommt, hängt davon ab, ob die abweichende Praxis bei den anderen Völkerrechtsakteuren Zustimmung findet und sich durchsetzt. Es greift daher zu kurz, abweichende Urteile pauschal als illegitim abzutun. Das gilt jedenfalls, wenn der Gesetzgeber widersprüchliche Signale sendet und zu einer deutlichen Aussage, wie mit dem von ihm geschaffenen Wi-

⁵⁷⁰ Mehr dazu bei KRAJEWSKI/SINGER, Front-Runners, S. 28 f.

⁵⁷¹ Kritisch zum Ansatz des IGH etwa VAN ALEBEEK, Domestic Courts, Ziff. 4 f.

dersprüchen im Verhältnis der Menschenrechte zu den Immunitäten umzugehen ist, nicht in der Lage ist, die aktuelle Rechtslage weitherum und in unterschiedlichen Kreisen (Staaten, Gerichte, Schrifttum, Zivilgesellschaft) als unbefriedigend und ungerecht eingeschätzt wird und abweichende Urteile vor dem Hintergrund unter Bezugnahme auf eine länger und ernsthaft geführte juristische Kontroverse gefällt werden. Das Völkerrecht ist nicht statisch und lebt von der Dialektik zwischen dem Gesetzgeber, den Gerichten und der Literatur, auch um den Preis einer gewissen Rechtsunsicherheit während der Übergangsphase. Dass sich das Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und den Menschenrechten in einer Umbruchphase befindet, hat der Gesetzgeber nicht zuletzt durch die Ausklammerung der Thematik vom Kodifikationsprozess des UNCSI mangels Konsens unter den Staaten bestätigt.

Abschliessend spielen demnach eine Vielzahl von Faktoren zusammen, vor deren Hintergrund es meines Erachtens nicht illegitim erscheint und auch keine Kompetenzüberschreitung darstellt, wenn (internationale und nationale) Gerichte eine aktive Rolle bei der Suche nach dem richtigen Verhältnis der völkerrechtlichen Immunitäten und der Menschenrechte einnehmen und dieses mittels koordinierender Auslegung («systemic integration») und unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze (neu) zu bestimmen versuchen⁵⁷². Zu diesen besonderen Faktoren zählen: Das Bestehen eines materiellen Spannungsverhältnisses zwischen zwei zentralen völkerrechtlichen Normbereichen unterschiedlichen Datums, die weitverbreitete Einschätzung, bei unterschiedlichsten Akteuren (Staaten, Gerichte, Literatur), dass die aktuelle Rechtslage (praktisch pauschaler Vorrang des älteren Normkomplexes) unbefriedigend ist und essentiellen völkerrechtlichen Interessen widerspricht, die Unfähigkeit oder der Unwille des Gesetzgebers klare Vorgaben zum Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen diesen Normkomplexen zu machen, eine jahrelange und intensive Kontroverse im Schrifttum⁵⁷³, eine uneinheitliche Praxis⁵⁷⁴ und insbesondere

⁵⁷² Diese Einschätzung besagt nichts über die inhaltliche Richtigkeit von Urteilen, die von der bisherigen Praxis abweichen. M.E. ist etwa das Urteil des italienischen Corte di Cassazione im Fall Ferrini (dazu S. 169 f.) inhaltlich problematisch; zur Staatenimmunität bei schwersten Menschenrechtsverletzungen in kriegesischen Auseinandersetzungen siehe auch die Ausführungen auf S. 277 f.

⁵⁷³ Vgl. etwa die 1997 vorgelegte Monografie von BRÖHMER: *State Immunity and the Violation of Human Rights*.

⁵⁷⁴ Selbst bei der weniger stark umstrittenen diplomatischen Immunität wird vereinzelt von abweichenden Urteilen berichtet. So entschied offenbar der chilenische Supreme Court 1988, dass die diplomatische Immunität (amtierender Funktionäre) nicht (länger) die Wahrnehmung des verfassungsmässigen Rechts auf Zugang zu einem Gericht verhindern könne. Das Gericht wurde jedoch durch Intervention des Aussenministeriums zur Änderung des Urteils gezwungen (Supreme Court Decision vom 19.7.1988, besprochen von

eine Zunahme von Gerichtsurteilen, die vom bisherigen Recht abweichen. Wegen dieser Faktoren ist letztlich zu schliessen, dass sich das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten gegenwärtig in einer Übergangsphase befindet und einer Neubewertung unterzogen wird, die wohl zu einer punktuellen Neuregelung führen wird.

FRANCISCO ORREGO VICUNA, Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights, in ICLQ 1991, S. 34–48, S. 39 ff., inkl. Fn. 25.

§ 21

Fazit: Notwendigkeit eines echten Ausgleichs zwischen Immunitäten und Menschenrechten

Die Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten im Gaststaat ist eine von vielen Situationen, in der sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Staatenimmunitätsrecht und dem diplomatischen Recht einerseits und den Menschenrechten andererseits manifestiert: Dem Gastland erwachsen aus den Menschenrechten positive Verpflichtungen, auf seinem Territorium ausgebeutete Personen gegen die Täterinnen und Täter zu schützen und einen effektiven Rechtsschutz sicherzustellen. Das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht verbieten es ihm dagegen, ohne Einwilligung des Entsendelands Zwangsmassnahmen gegen Diplomatinnen und weiteres Missionspersonal, deren Eigentum sowie gegen die Missionen selber vorzunehmen. Das steht nicht nur polizeilichen Zwangsmassnahmen gegen die Mission, ihr Eigentum und Diplomaten entgegen, die ihre eigenen Hausangestellten sowie jene der Mission ausbeuten, sondern verhindert auch die Durchführung von Straf- und Zivilverfahren gegen diese Personen sowie teils Zivilverfahren und Vollstreckungsmassnahmen gegen den Entsendestaat.

Der internationale Gerichtshof, der Europäische Menschenrechtsgerichtshof und der UNO-Menschenrechtsausschuss lösen dieses Spannungsverhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten (älterer Normkomplex) und den Menschenrechten (jüngerer Normkomplex) auf, indem sie einen formellen Konflikt zwischen den beiden Normbereichen verneinen beziehungsweise ausräumen und den Immunitäten in der Sache einen Vorrang vor dem Menschenrechtsschutz einräumen. Diese Haltung des IGH und der Menschenrechtsorgane ist auf die Wahl bestimmter methodischer Vorgehensweisen und die Anwendung verschiedener Konfliktvermeidungstechniken zurückzuführen: Der IGH geht methodisch einer grundlegenden Betrachtung des Verhältnisses der völkerrechtlichen Immunitäten und der Menschenrechte aus dem Weg, indem er die Fragestellung eng fasst und sich darauf beschränkt zu prüfen, ob sich in der konkreten Sachlage eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme zur Geltung der völkerrechtlichen Immunitäten herausgebildet hat. Damit zementiert er den faktischen Vorrang der Immunitäten, weil derartige Ausnahmen bislang abgesehen von der Strafverfolgung ehemaliger Staatsoberhäupter und Staatsangestellter bei schwersten Menschenrechtsverletzungen nicht anerkannt sind. Zu den Konfliktvermeidungstechniken des Internationalen Gerichtshofs und teils auch der Menschenrechtsorgane ge-

hört es zudem, unter Betonung des prozeduralen Charakters der Immunitäten einen Konflikt mit den Menschenrechten zu verneinen (kein Einfluss auf die Verantwortlichkeit) sowie den Gehalt von Menschenrechten mit *Ius-cogens*-Charakter eng zu definieren. Die primäre Konfliktvermeidungstechnik der Menschenrechtsorgane besteht in der immunitätskonformen Auslegung der Menschenrechte (als Anwendungsfall der koordinierenden Auslegung). Soweit Gaststaaten infolge Respektierung der völkerrechtlichen Immunitäten positive Menschenrechtsverpflichtungen nicht erfüllen, wird dies demnach grundsätzlich als gerechtfertigter Eingriff in die Menschenrechte gewertet.

Die internationale Praxis zum Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten bedeutet aus Sicht der Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten sowie der Gaststaaten Folgendes: Für die betroffenen Individuen ändert die Praxis nichts am Umstand, dass Hausbedienstete ausländischer Diplomaten im Gastland über keinen wirksamen Straf- und Zivilrechtsschutz und jene der ausländischen Missionen über keinen Strafrechtsschutz und nur über einen sehr lückenhaften Zivilrechtsschutz verfügen. Für den Gaststaat impliziert sie, dass er die völkerrechtlichen Immunitäten zu respektieren hat, wenn er eine Völkerrechtsverletzung vermeiden will, dabei aber eine Aushöhlung des Menschenrechtsschutzes auf seinem Territorium in Kauf zu nehmen hat. Die Praxis des IGH, des EGMR und des UNO-Menschenrechtsausschusses überzeugt nicht, weil sie in der Sache auf einen Vorrang der Immunitäten vor den Menschenrechten hinausläuft und einseitig nur die Immunitätsanliegen berücksichtigt. Sie suggeriert eine Vereinbarkeit der Immunitäten und des Menschenrechtsschutzes, die so in der Realität nicht gegeben ist: Sofern die Hausangestellten im Entsendestaat über keinen zumutbaren Rechtsschutz verfügen, läuft ihr Menschenrechtsschutz ins Leere und die Diplomaten und der Entsendestaat können sich ihrer menschenrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen. Letztlich trägt diese Praxis zum Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten den Souveränitätsanliegen des Entsendestaats sowie dem öffentlichen Interesse an der Stabilität der internationalen Beziehungen und der Sicherstellung der diplomatischen Aufgaben auf Kosten eines funktionierenden Menschenrechtsschutzes Rechnung.

Fazit dieses vierten Teils ist, dass zwischen zwei Normkomplexen wie den Immunitäten einerseits und den Menschenrechten andererseits, welche beide fundamentale völkerrechtliche Interessen verfolgen, eine angemessene Lösung weder im pauschalen Vorrang der Immunitäten (heutige Situation) noch umgekehrt in einem generellen Vorrang der Menschenrechte bestehen kann. Vielmehr ist ein Ausgleich zwischen den beiden Normbereichen unumgänglich geworden. Hierfür ist das Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten grundsätzlich und gesamthaft zu überdenken. Anzustreben ist nach der hier vertretenen Auffassung ein echter und differenzierter Ausgleich zwischen den beiden Norm-

komplexen (Staatenimmunität und diplomatischen Immunitäten einerseits und Menschenrechte anderseits)⁵⁷⁵. Dabei sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen und abzuwägen: Die Zwecksetzung der konkret in Frage stehenden Immunität und die damit verfolgten Interessen, die berührten Menschenrechtsinteressen und das Vorhandensein (zumutbarer) alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten für das betroffene Individuum (insb. im immunitätsberechtigten Staat). Methodisch kann der notwendige Ausgleich mit der koordinierenden Vertragsauslegung – allerdings nicht wie vom EGMR praktiziert einseitig zugunsten der Immunitäten – sowie einem Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien⁵⁷⁶ herbeigeführt werden. Die verschiedenen möglichen Ausgleichsansätze bilden Gegenstand des folgenden fünften Teils dieser Studie.

⁵⁷⁵ Für einen Ausgleich plädierend auch HAZEL FOX, *State Immunity and Other Norms of International Law: Possible Methods of Accommodation*, in *Liber Memorialis Petar Šarčević, Universalism, Tradition and the Individual*, München 2006, S. 545–564, 546 und insb. 562 f.; PAVONI, *Human Rights*, insb. S. 72 f. und 91 ff.; vgl. auch VAN ALEBEEK, *Germany v. Italy*, insb. S. 310 ff.

⁵⁷⁶ Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.

5. Teil

Zum Ausgleich zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten am Beispiel ausgebeuteter Hausangestellter

Wie im vierten Teil aufgezeigt worden ist, kommt die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs und der Menschenrechtsorgane (insb. EGMR und Menschenrechtsausschuss) zum Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität einerseits und dem Menschenrechtsschutz andererseits im Ergebnis einem pauschalen Vorrang der Immunitäten gleich. Das überzeugt nicht, weil damit zwar den Souveränitätsanliegen der Staaten und der Stabilität der internationalen Beziehungen Rechnung getragen wird, der Menschenrechtsschutz aber dadurch teils wirkungslos bleibt. Nötig ist deshalb ein echter Ausgleich zwischen den beiden in einem Spannungsverhältnis stehenden Normkomplexen (Staatenimmunität/diplomatisches Recht und Menschenrechte), wobei das Verhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten gesamthaft und grundsätzlich zu überdenken ist. Anzustreben ist differenzierter Ausgleich und keine pauschale Festlegung des Verhältnisses zwischen Immunitäten und Menschenrechten (Staatenimmunität versus Menschenrechte, diplomatische Immunität versus Menschenrechte). Zu diesem Zweck sind eine Reihe von Faktoren zu beachten und abzuwägen wie namentlich die Zwecksetzung der betroffenen Immunität (Gerichtsbarkeits- oder Vollstreckungsimmunität, diplomatische Immunität *ratione personae* oder *materiae*), die berührten Menschenrechtsinteressen (*ius cogens*, notstandsfeste Garantie, Schwere des Eingriffs) und das Vorhandensein (zumutbarer) alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten für das betroffene Individuum (insb. im immunitätsberechtigten Staat)⁵⁷⁷. Je nach den berührten Interessen kann der Ausgleich unterschiedlich, das heisst zugunsten der Immunität oder der Menschenrechte ausfallen. Letzteres kann auch den punktuellen Vorrang der Menschenrechte bedeuten.

Die Berücksichtigung der Funktion der Immunität meint Folgendes: Die Immunitäten (diplomatische Immunität *ratione personae* und *materiae*, staatliche Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität, Immunität von Staatsoberhäuptern) erfüllen teils unterschiedliche Funktionen, jedenfalls steht nicht bei allen Formen dieselbe Funktion im Zentrum. Zur Begründung aller Immunitätsarten

⁵⁷⁷ Pavoni postuliert das Vorhandensein alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten (inkl. Wiedergutmachung) als (einziges) ausschlaggebendes Kriterium, um zwischen der Staatenimmunität und schweren Menschenrechtsverletzungen einen Ausgleich herzustellen. Immunität würde demnach ausschliesslich gewährt, wenn alternative Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen; PAVONI, Human Rights, S. 91 ff.

wird die staatliche Souveränität angeführt. Die Missachtung der Immunität und Unverletzlichkeit von hohen Staatsvertreterinnen und Diplomaten während ihrer Amtszeit wie auch der Zugriff auf hoheitlichen Zwecken dienendes Eigentum anderer Länder bergen – wie etwa die Teheraner Geisellaffäre vor Augen geführt hat – ein enormes Gefährdungspotential für die zwischenstaatlichen Beziehungen und die Aufgabenerfüllung von Diplomaten und hohen Staatsvertretern. Bei der Immunität *ratione personae* von Diplomatinen und hohen Staatsvertretern sowie bei der staatlichen Vollstreckungsimmunität ist demnach die Sicherung der Stabilität der internationalen Beziehungen, bei ersterer (Immunität *ratione personae*) zusätzlich die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung als Funktion vorrangig. Im Vergleich dazu wirken sich ein Gerichtsverfahren oder ein Urteil gegen ein anderes Land in Missachtung seiner Gerichtsbarkeitsimmunität oder gegen ehemalige hohe Staatsvertreterinnen oder ehemalige Diplomatinen in Missachtung ihrer Immunität *ratione materiae* gewöhnlich weniger destabilisierend auf die internationalen Beziehungen oder auf die Aufgabenerfüllung von hohen Staatsvertreterinnen und Diplomatinen aus. Die Wahrung der Stabilität der internationalen Beziehungen und der Aufgabenerfüllung spielen demnach bei diesen beiden Immunitäten eine weniger zentrale Rolle. Vor allem bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität steht die Respektierung der staatlichen Souveränität als Funktion im Vordergrund. Welche Funktion(en) die im konkreten Fall betroffene Immunität hauptsächlich erfüllt, bleibt nach der hier vertretenen Auffassung nicht ohne Einfluss auf den zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten zu treffenden Ausgleich. Der Souveränitätsbegriff und die Bedeutung der Souveränität haben sich in den letzten Jahrzehnten erheblich gewandelt und relativiert, weshalb dieses Begründungselement der Immunität meines Erachtens an Gewicht verloren hat⁵⁷⁸. Daraus folgt nach der hier vertretenen Auffassung, dass ein Ausgleich zugunsten der Menschenrechte in der Form der engen Interpretation des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts sowie von Immunitätsausnahmen (Vorrang der Menschenrechte) vor allem in Betracht zu ziehen und wünschbar ist, wenn die Sicherung der Aufgabenerfüllung und der Stabilität der internationalen Beziehungen bei der betroffenen Immunität nicht im Vordergrund stehen, sondern vor allem der Schutz der staatlichen Souveränität wichtig ist. Das heisst, ein punktueller Vorrang der Menschenrechte kommt soweit hier interessierend primär bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* in Frage, während das Interesse an der Beachtung der Immunität bei der diplomatischen

⁵⁷⁸ Vgl. auch S. 32 f. und 262 f.

Immunität *ratione personae* und der staatlichen Vollstreckungsimmunität sehr schwer wiegt⁵⁷⁹.

Mögliche Ansätze zum Ausgleich zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten sind erstens die Statuierung einer Pflicht zum Ergreifen alternativer (zu den durch das diplomatische Recht und die Staatenimmunität ausgeschlossenen) Massnahmen durch den Gerichtsstaat und zweitens die menschenrechtskonforme Auslegung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts. Der dritte Ausgleichsansatz besteht in einem punktuellen Vorrang der Menschenrechte vor den Immunitäten. Methodisch kann der notwendige Ausgleich mit der koordinierenden Vertragsauslegung – allerdings nicht wie vom EGMR praktiziert einseitig zugunsten der Immunitäten – sowie einem Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien⁵⁸⁰ herbeigeführt werden. Die koordinierende Auslegung («systemic integration») ist generell als Mittel anerkannt, um nicht unvereinbare Widersprüche zwischen Völkerrechtsvorschriften auszuräumen⁵⁸¹. Insbesondere Verträge werden mittels der Auslegung inhaltlich miteinander in Einklang gebracht, sodass beide nebeneinander fortgelten können. Der Ansatz eignet sich aber auch, um völkergewohnheitsrechtliche Vorschriften beziehungsweise Gewohnheits- und Vertragsrecht aufeinander abzustimmen. Eine koordinierende Vertragsauslegung kann dort problematisch werden, wo aufgrund widerstreitender Ziele der betroffenen Normen – wie bei der immunitätskonformen Auslegung der Menschenrechte durch den EGMR – praktisch eine Vertragsänderung bewirkt wird⁵⁸². Bei der Pflicht, alternative Massnahmen zu ergreifen und der menschenrechtskonformen Auslegung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts handelt es sich um Anwendungsfälle der koordinierenden Auslegung, der (punktueller) Vorrang der Menschenrechte lässt sich dogmatisch unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien begründen.

⁵⁷⁹ Zur konkreten Anwendung dieser Überlegung auf die einzelnen Ausgleichsansätze siehe S. 261 ff.

⁵⁸⁰ Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.

⁵⁸¹ Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK: «Ausser dem Zusammenhang sind [bei der Auslegung eines Vertrags] in gleicher Weise zu berücksichtigen jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.» Siehe dazu ILC, Fragmentierungsbericht, Ziff. 37 ff. und 410 ff. Ferner ILC, Schlussfolgerungen Fragmentierungsbericht, Ziff. 4: «The principle of harmonization. It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations».

⁵⁸² Vgl. MATZ, Koordinierung, S. 312. Zu den Grenzen der koordinierenden Vertragsauslegung auch PAUWELYN, Conflict of Norms, S. 244 ff. und 272.

Im Folgenden werden die genannten drei Ausgleichsansätze dargestellt sowie ihre Vorzüge und Nachteile erörtert und anschliessend ein konkreter Vorschlag für den Interessenausgleich bei der Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten präsentiert.

§ 22

Menschenrechtliche Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen als erster Ausgleichsansatz

I. Einleitende Bemerkungen

Ein erstes Instrument für den Interessenausgleich zwischen den Menschenrechten und den Immunitäten besteht darin, dass der Gerichtsstaat alternative Massnahmen zu den vom diplomatischen Recht und den Immunitäten ausgeschlossenen ergreift⁵⁸³. Im vierten Teil wurde aufgezeigt, dass die Menschenrechtsorgane wenig überzeugend eine Verletzung des jeweiligen Abkommens automatisch verneinen, wenn die völkerrechtlichen Immunitäten Ursache für das Nichterfüllen positiver Menschenrechtsverpflichtungen durch den Gaststaat sind. Schliesst beispielsweise das WÜD bei schweren Übergriffen gegen die körperliche Integrität von Hausangestellten wegen dem Diplomatenstatus der mutmasslichen Täterschaft die menschenrechtlich an sich vom Vertragsstaat geforderten Massnahmen aus – namentlich das polizeiliche Einschreiten am Tatort, die strafrechtliche Untersuchung oder einen Strafprozess –, zieht vorab der EGMR eine Verletzung der EMRK nicht mehr in Betracht. Er gesteht der Vertragspartei diesfalls gleichsam zu, nichts weiter zum Schutz der Menschenrechte der betroffenen Person unternehmen zu müssen.

Die Handlungsoptionen des Gastlands bei drohenden oder schon erfolgten Verletzungen der Menschenrechte von Hausbediensteten von Diplomaten und ausländischen Missionen erschöpfen sich jedoch nicht in den Massnahmen, die das WÜD und das Staatenimmunitätsrecht ausschliessen, beziehungsweise nur mit Zustimmung des Entsendelands zulassen. In dieser Arbeit wird daher postuliert, dass das von den internationalen Rechtsprechungsorganen tolerierte Untätigbleiben dem Sinn und Zweck des Menschenrechtsschutzes zuwiderläuft und sich aus den Menschenrechten – abweichend von der aktuellen Praxis – jedenfalls eine Pflicht für den Gaststaat ergibt, kompensatorische Massnahmen zu ergreifen, wenn er die üblicherweise bei einer Rechtsverletzung geforderten

⁵⁸³ Vgl. auch EGMR, *Nada v. Switzerland* (GC), 10593/08 (2012), insb. Ziff. 185 ff. und 194 ff. Dieses Urteil beschlägt nicht einen Konflikt zwischen Immunitäten und Menschenrechten, sondern zwischen einer Resolution des UNO-Sicherheitsrats und den EMRK-Garantien. Der EGMR scheint darin ansatzweise eine Pflicht der Vertragsstaaten zu bejahen, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, wenn sie eine Konventionsverletzung vermeiden wollen.

wegen des diplomatischen Rechts oder dem Staatenimmunitätsrecht nicht durchführen darf. Die Notwendigkeit, einen effektiven Menschenrechtsschutz sicherzustellen⁵⁸⁴, gebietet eine solche Pflicht. Als mögliche alternative Massnahmen kommen alle mit dem WÜD und dem Staatenimmunitätsrecht (und dem übrigen Völkerrecht) zu vereinbarenden Vorkehren, insbesondere rechtlicher, diplomatischer oder administrativer Natur in Betracht⁵⁸⁵. Der Pflicht des Gaststaats zum Ergreifen alternativer Massnahmen kommt in Hinblick auf den Interessenausgleich zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz eine zentrale Bedeutung zu. Obschon oder gerade weil die naheliegendsten und wirksamsten Massnahmen wegen der Immunitäten nicht ohne Weiteres zulässig sind (insb. Festnahmen, Strafuntersuchungen und strafrechtliche Verurteilungen gegenüber diplomatischem Personal), muss Ziel der alternativen Vorkehren sein, dieses Defizit möglichst wettzumachen und einen im Ergebnis gleichwertigen Menschenrechtsschutz zu erreichen wie er (zumindest potentiell) mit den an sich geforderten Massnahmen realisierbar wäre. Da die Ausbeutung auf dem Territorium des Gastlands stattfindet, verfügt dieser – anders als ein Gerichtsstaat bezüglich im Ausland begangener Menschenrechtsverletzungen – über eine besonders breite Palette einsetzbarer Alternativmassnahmen.

In Betracht kommen zum einen reaktive (alternative) Massnahmen des Gastlands im Nachgang an eine Beeinträchtigung der Menschenrechte durch Dritte. Sie zielen in erster Linie darauf ab, das bei der Ausbeutung von Hausbediensteten ausländischer Diplomaten und Missionen zutage getretene Spannungsverhältnis zwischen dem Menschenrechtsschutz und den Immunitäten im Einzelfall nachträglich abzuschwächen. Das geschieht hauptsächlich, indem für den betroffenen Bediensteten die Folgen des fehlenden beziehungsweise lückenhaften Rechtsschutzes möglichst wettgemacht und die fehlbaren Diplomaten so weit als machbar sanktioniert werden. Daneben spielen zum zweiten präventive Massnahmen eine Rolle. Diese bezwecken eine Ausbeutung zu verhindern, so dass sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Menschenrechtsschutz und den völkerrechtlichen Immunitäten in diesem Kontext gar nicht erst realisiert. Eine gewisse Präventivwirkung wird nicht zuletzt auch davon ausgehen, dass ein Gastland gegenüber den Entsendestaaten und den verantwortlichen Diplomatinen konsequent auf Rechtsverstösse gegen Hausangestellte reagiert.

⁵⁸⁴ Die Notwendigkeit eines effektiven Menschenrechtsschutzes betont insb. der EGMR, dazu S. 206 m.H.

⁵⁸⁵ Vgl. SEIBERT-FOHR, Völkerrechtliche Verantwortung, S. 53 f. unter Hinweis auf das Urteil Velásquez-Rodríguez des IAGMR (1988); siehe auch EGMR, *Ilașcu v. Moldova and Russia* (GC), 48787/99 (2004), Ziff. 331.

Zu berücksichtigen ist, dass Schutzpflichten Handlungs- und keine Erfolgspflichten sind. Tritt das gewünschte Ergebnis nicht ein, bedeutet dies demnach nicht automatisch eine Verletzung der Schutzpflicht⁵⁸⁶. Verlangt wird lediglich, dass ein Staat bei Kenntnis einer drohenden oder bereits stattgefundenen Beeinträchtigung menschenrechtlicher Schutzgüter durch Dritte diese mit angemessenen Mitteln und der erwartbaren Sorgfalt zu verhindern beziehungsweise wiedergutzumachen versucht. Dabei steht ihm in der Regel bezüglich des Vorgehens und der eingesetzten Mittel ein gewisses Ermessen zu. Folglich können Schutzpflichten unter Umständen in einer spezifischen Situation auf unterschiedliche Weise erfüllt werden. Teils hat die Praxis hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen für einzelne Garantien aber auch relativ klare Vorgaben definiert (z.B. Pflicht zur strafrechtlichen Ahndung von sexuellem Missbrauch sowie des Verbots der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder des Sklavereiverbots), sodass den Staaten insoweit wenig Spielraum verbleibt.

Welche völkerrechtlich zulässigen Massnahmen die Schweiz und andere Gaststaaten bei der Ausbeutung von privatem und dienstlichem Hauspersonal durch ausländische Diplomatinen, deren Familienangehörige und weiteres Missionspersonal im Einzelnen zu ergreifen haben, damit sie ihren positiven Menschenrechtspflichten nachkommen, hängt nicht zuletzt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und ist durch die Menschenrechtsorgane unter Berücksichtigung derselben zu entscheiden. Dennoch lassen sich bezüglich der hierfür geltenden Anforderungen mit Blick auf einzelne Garantien und die Schwere des Eingriffs gewisse verallgemeinernde Aussagen treffen. Bestimmte Kompensationsmechanismen könnten zudem auch auf internationaler Ebene geschaffen werden. Solange auf internationaler Ebene jedoch keine solchen Mechanismen (etwa ein Entschädigungsfonds) bestehen, liegt die Handlungspflicht bei den Gastländern.

II. Reaktive alternative Massnahmen

Im Nachgang an Menschenrechtsverstösse gegen Hausangestellte oder wenn solche unmittelbar drohen, hat der Gaststaat eine Reihe von Handlungsoptionen, die nicht gegen das WÜD oder das Staatenimmunitätsrecht verstossen. Er kann namentlich den Entsendestaat um einen Immunitätsverzicht ersuchen, die fehlbare Diplomatin zur *persona non grata* erklären, anderweitige politische Demarchen ergreifen, freiwillige Schlichtungsmechanismen einrichten, die

⁵⁸⁶ Zum Ganzen SEIBERT-FOHR, Völkerrechtliche Verantwortung, S. 50 ff.

Hausbedienstete entschädigen oder Vorschriften zur Verbesserung des Rechtsschutzes von Hausangestellten erlassen. Funktionsweise sowie Vor- und Nachteile dieser Vorkehren werden im Folgenden erörtert.

1. Ersuchen um einen Immunitätsverzicht

Die völkerrechtlichen Immunitäten schliessen Zwangsmassnahmen gegen ausländische Missionen und Diplomaten sowie den Entsendestaat im Gastland nicht absolut aus, machen sie aber von der Zustimmung des Entsendestaats abhängig. Der Immunitätsverzicht ist deshalb im WÜD und im Staatenimmunitätsrecht als logischer Bestandteil des Immunitätsrechts anerkannt und seine Ausübung ist grundsätzlich auch sehr erwünscht. Naheliegendstes Mittel zur Auflösung der Spannung zwischen dem diplomatischen Recht respektive dem Staatenimmunitätsrecht und dem Menschenrechtsschutz ist folglich, dass der Gaststaat den Entsendestaat um einen Immunitätsverzicht ersucht. Soweit er gewährt wird, fallen die spezifisch gegenüber Diplomaten sowie ausländischen Staaten geltenden Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung von Zwangsmassnahmen durch den Gaststaat dahin. Dem Opfer steht – bei einem umfassenden Immunitätsverzicht und soweit der Entsendestaat kooperiert – im Gastland der gleiche Menschenrechtsschutz offen, wie wenn die Täterin oder der Entsendestaat keine Immunitäten und Privilegien geniessen würde und die Schweiz (oder andere Gastländer) kann ihren positiven Menschenrechtsverpflichtungen im üblichen Umfang nachkommen. Insbesondere sind unter diesen Voraussetzungen strafrechtliche Gerichtsverfahren gegen die fehlbaren Diplomaten inklusive Vollstreckung sowie die Vollstreckung allfälliger Zivilurteile gegen den Entsendestaat in der Schweiz möglich. Ein Immunitätsverzicht bedeutet für den Entsendestaat zwar insoweit einen Souveränitätsverlust, als er sich der fremden Hoheitsgewalt unterwirft, er ist aber zugleich Ausdruck seiner Souveränität, da er freiwillig erfolgt. Ebenso zeugt er vom Vertrauen des Entsendelands in die Institutionen des Gaststaats und ist daher dem vom diplomatischen Recht und dem Immunitätsrecht verfolgten Ziel dienlich, freundschaftliche internationale Beziehungen zu befördern. Soweit die Theorie. Praktisch liegt das Problem im Umstand, dass Immunitätsverzichte sehr selten ausgeübt werden und ein diesbezügliches Ersuchen des Gastlands meist erfolglos bleibt. Auch wenn die Staaten vermehrt dazu willens wären, ist sein Anwendungsbereich zwangsläufig beschränkt, da dem Entsendeland ein Verzicht nur gegenüber einem Rechtsstaat beziehungsweise der Zusicherung über die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze zugemutet werden kann. Verweigern Entsendestaaten bei der Ausbeutung von Hausangestellten auch gegenüber Rechtsstaaten einen Immunitätsverzicht, ist dies jedenfalls dann unbefriedigend, wenn im Entsendeland selber kein

rechtsstaatliches und den betroffenen Hausangestellten auch zumutbares Verfahren (Bezug zum Entsendestaat, Distanz) zur Verfügung steht.

2. Erklärung zur *persona non grata*

Das diplomatische Recht sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass der Gaststaat ein Mitglied eines ausländischen diplomatischen Corps (ohne Angabe von Gründen) zur *persona non grata* erklärt⁵⁸⁷. Eine derartige Erklärung kommt damit auch bei der Ausbeutung von privaten oder dienstlichen Hausangestellten als Sanktion in Betracht. Die Staaten setzen dieses Instrument aber auch bei eindeutigem Fehlverhalten ausländischer Diplomatinen und Diplomaten nur sehr zurückhaltend ein, weil es oftmals zu Irritationen in den zwischenstaatlichen Beziehungen führt. Entsendestaaten empfinden eine solche Erklärung nicht selten als Affront und reagieren ihrerseits mit einer analogen Erklärung gegenüber Diplomaten des anderen Staats. Das mildere Mittel im Vergleich zur Erklärung zur *persona non grata* ist ihre Androhung. Auch sie führt letztlich zur Ausreise der betroffenen Diplomatinen. Der Entsendestaat wird diesfalls durch den Rückruf der besagten Mitarbeiterin der Erklärung zur *persona non grata* zuvor kommen und den damit verbundenen Gesichtsverlust vermeiden. Da es die politischen Beziehungen weniger belastet, ziehen die Staaten dieses Vorgehen häufig vor.

Die ausgebeuteten Hausbediensteten haben jedoch nur einen sehr beschränkten Nutzen, wenn Diplomaten zur *persona non grata* erklärt oder zurückberufen werden. Zwar kann ihnen insbesondere eine entsprechende Erklärung eine gewisse Genugtuung verschaffen, weil sie als Bestrafung wahrgenommen wird und die fehlbare Diplomatin somit für ihr unrechtmässiges Tun nicht gänzlich ungeschoren davon kommt. Sie vermag jedoch die fehlende zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht zu ersetzen. Obschon mit der Beendigung der Tätigkeit im Gaststaat die absolute Immunität des diplomatischen Personals endet und sie hier nun fortan für ihre nicht dienstlichen (d.h. privaten) Tätigkeiten gerichtlich belangt werden können, hilft auch dies dem Hauspersonal bei der Durchsetzung seiner Ansprüche kaum weiter. Die Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Vertretungen erfolgt vielfach im Rahmen der dienstlichen Tätigkeit. Insoweit ist ein Vorgehen gegen die Diplomatinen auch nach Dienstende nicht möglich, da die Ausbeutung von der nach Dienstende fortdauernden Immunität *ratione materiae* gedeckt ist. Zivilrechtliche Urteile, welche die dienstlichen Hausangestellten im Gastland gegen den Entsendestaat selber erstreiten, sind hier ohne dessen Kooperation nicht vollstreckbar. Findet die Ausbeutung nicht

⁵⁸⁷ Art. 9 Abs. 1 WÜD.

im Rahmen der dienstlichen Tätigkeit statt – was insbesondere bei Rechtsverstössen gegen private Hausangestellte der Fall ist – ist ein gerichtliches Vorgehen gegen die verantwortlichen Diplomatinen und Diplomaten nach ihrem Dienstende im Gaststaat zwar grundsätzlich möglich. Die Vollstreckung eines Zivilurteils oder eine Strafverurteilung bleibt aber ohne Kooperation des Entsendestaats, namentlich wenn er den betroffenen Diplomaten nicht ausliefert, unwahrscheinlich⁵⁸⁸. Eine gewisse moralische Genugtuung kann es den Hausangestellten allenfalls verschaffen, wenn im Gaststaat zwar keine Strafverurteilung möglich ist, nach Einleiten eines Strafverfahrens aber bei einer schweren Ausbeutung ein internationaler Haftbefehl gegen die mutmasslich fehlbare Diplomatin ausgestellt wird und diese dadurch in ihrer Reisefreiheit empfindlich getroffen wird. Solche Haftbefehle sind (bislang) jedenfalls in der Schweiz eher selten. Auch sie ersetzen die Verurteilung offensichtlich nicht. Die Exekutive des Gastlands ist über internationale Haftbefehle gegen ehemals bei ihm akkreditierte Diplomaten wegen der potentiellen aussenpolitischen Irritationen oft wenig erfreut.

3. Anderweitige politische und diplomatische Demarchen

Hat der Gaststaat Kenntnis von der Ausbeutung eines dienstlichen oder privaten Hausangestellten, beschränken sich seine Möglichkeiten nicht darauf, die verantwortliche Diplomatin zur unerwünschten Person zu erklären. Vielmehr bleibt es ihm nach dem diplomatischen Recht und dem Staatenimmunitätsrecht grundsätzlich unbenommen, gegenüber dem Entsendestaat anderweitige politische oder diplomatische Demarchen zu unternehmen⁵⁸⁹. Beispielsweise kann er das Gespräch mit der Botschafterin oder dem Botschafter suchen, um eine gütliche Einigung und namentlich eine Abfindung in einem konkreten Ausbeutungsfall herbeizuführen. Neben der Lösungsfindung in Einzelfällen kann es in solchen Gesprächen auch darum gehen, die Vertreterinnen eines Lands allgemein für den korrekten Umgang mit dem Hauspersonal und die in der Schweiz geltenden Vorschriften zu sensibilisieren, um inskünftigen Rechtsverstössen entgegenzuwirken. Zeigt sich der Missionschef uneinsichtig – es kommt durchaus vor, dass dieser nicht einmal auf entsprechende Schreiben des Schweizer Auswärtigen Departements reagiert – kann das Problem bei schweren Fällen allenfalls auch auf ministerialer Ebene aufgegriffen werden. Der Schwachpunkt derartiger Demarchen liegt offensichtlich im Umstand, dass der Erfolg von der Kooperationsbereitschaft des Entsendestaats und letztlich stark vom Verhalten der amtie-

⁵⁸⁸ Zur Möglichkeit, Verfahren ohne den Angeklagten bzw. Beklagten durchzuführen, siehe S. 124.

⁵⁸⁹ Vgl. auch Art. 31 GSG.

renden Missionschefin abhängt. Gelingt im Einzelfall eine Einigung, die den Rechtsansprüchen und Interessen der Hausbediensteten angemessen Rechnung trägt, kann die Vermittlung des Gastlands für diese von grossem Nutzen sein. Nimmt der Gaststaat (zu) einseitig Partei für den Entsendestaat kann sie fragwürdig werden. Im schlechtesten Fall ist sie für die Betroffenen nutzlos, weil sich der Entsendestaat einer Lösung verschliesst. Wie sehr sich der Gaststaat für eine Lösung engagiert, hängt von verschiedenen Umständen ab, wie der Sensibilisierung für die Anliegen der Hausangestellten, der Haltung und dem Engagement der zuständigen Mitarbeitenden des Aussendepartements, der politischen Interessenlage in Bezug auf den Entsendestaat, der Schwere der Ausbeutung sowie der Glaubwürdigkeit der Hausangestellten, wobei in diesem Zusammenhang nicht selten Beweisprobleme die Diskussionen erschweren dürften.

Gestaltet sich die Lösungsfindung im Einzelfall schwierig, hat der Gaststaat durchaus Möglichkeiten, um den Druck in einem Einzelfall zu erhöhen und darüber hinaus auch weitere Ausbeutungsfälle in der Zukunft zu verhindern. So greift beispielsweise die Schweiz gelegentlich zum Mittel, dass sie einem Diplomaten, der Hauspersonal ausgebeutet hat, die Beschäftigung von Hausangestellten inskünftig (für eine bestimmte Zeit) verbietet. Da selbst die Missionschefs ihre Funktion notfalls ohne Anlässe in der privaten Residenz durchführen oder auf das dienstliche Hauspersonal zurückgreifen können, lässt sich meines Erachtens die Kompatibilität dieser Sanktion mit dem diplomatischen Recht nicht ernsthaft in Frage stellen⁵⁹⁰. Dagegen würde ein totales Verbot gegenüber der Mission, dienstliches Hauspersonal zu beschäftigen die Wahrnehmung ihrer Aufgaben ungebührlich behindern⁵⁹¹. In Frage kommt hier eine Reduktion der Anzahl beschäftigter dienstlicher Hausangestellter auf einem tiefen Niveau; dabei muss aber gewährleistet sein, dass die Mission ihre Aufgaben noch angemessen erfüllen kann. Derartige Massnahmen haben primär präventive Wirkung, um inskünftig weitere Ausbeutungen zu verhindern; den betroffenen Hausangestellten helfen sie bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht weiter.

Abgesehen von den geschilderten Vorgehensweise hat der Gaststaat theoretisch vielerlei weitere Möglichkeiten, um den Druck auf den Entsendestaat zu verstärken, sei es in Hinblick auf eine Lösungsfindung in einem konkreten Ausbeutungsfall oder in Hinblick auf eine Verhaltensänderung bei systematischen Problemen im Umgang des Entsendelands und seiner Diplomaten mit Hausan-

⁵⁹⁰ Vgl. insb. Art. 37 Abs. 4 WÜD sowie Art. 27 Abs. 2 GSG, der die Kompetenz des Bundesrats, die Arbeitsbedingungen des privaten Hauspersonals zu regeln, ausdrücklich unter den Vorbehalt der völkerrechtlichen Zulässigkeit stellt.

⁵⁹¹ Vgl. Art. 25 und Art. 11 WÜD.

gestellten. Er kann insbesondere Retorsionen gegen den Entsendestaat ergreifen, welche von der Nichtverlängerung eines Vertrags, über den Nichtabschluss eines Kooperationsvertrags, über das Einstellen von Entwicklungshilfe bis hin zum Abbruch der diplomatischen Beziehungen reichen⁵⁹². Erwogen werden könnten derartige Massnahmen allenfalls in Ausnahmefällen als *ultima ratio* als Reaktion auf eine krasse Ausbeutung oder gegenüber Entsendestaaten, bei denen es wiederkehrend zur Ausbeutung des Personals kommt und die sich bei der Lösungsfindung uneinsichtig zeigen. Grundsätzlich wird der Gaststaat aber zu Recht nicht auf solche Massnahmen zurückgreifen, da sie seinen (allgemeinen) politischen Interessen zu sehr entgegenlaufen und insbesondere auch die zwischenstaatlichen Beziehungen darunter leiden können. Auch sind sie mit Blick auf die Vermeidung zukünftiger Ausbeutung kaum effizienter als etwa ein (temporäres) Verbot gegenüber bestimmten Diplomatinen, Bedienstete zu beschäftigen.

4. Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen Hauspersonal und Diplomatinen

a) Allgemeines zu den Schlichtungsstellen

Die Immunität verhindert die gerichtliche Durchsetzung der Rechtsansprüche von ausgebeuteten Hausangestellten. Dass Staaten nicht bereit sind darauf zu verzichten, weil sie sich nicht der Gerichtsbarkeit und folglich dem Zwangsapparat des Gastlands aussetzen möchten, bedeutet nicht zwangsläufig, dass sie sich deshalb auch einem freiwilligen Schlichtungsprozess verschliessen. Das eines Rechtsverstosses bezichtigte Missionspersonal und der Entsendestaat sind zumindest teilweise daran interessiert, Streitfälle mit dem Hauspersonal gütlich zu lösen. Die Motivation kann etwa darin liegen, ein Bekanntwerden des Streits und eine Schädigung des Rufs zu vermeiden, dass der Entsendestaat vom betroffenen Diplomaten eine einvernehmliche Lösungsfindung verlangt oder dass befürchtet wird, es könnte ein internationaler Haftbefehl ausgestellt werden, der dessen Reisetätigkeit einschränkt. Freiwillige Schlichtungsmechanismen sind somit ein weiteres Instrument, um einen Ausgleich zwischen den Interessen des Entsendestaats, des Gastlands und der Hausangestellten herzustellen⁵⁹³. Eine Schlichtungsstelle stellt eine Kompensationsmassnahme dar, die nicht nur auf nationaler, sondern auch auf internationaler Ebene geschaffen werden kann⁵⁹⁴. Da es sich bei der Ausbeutung von dienstlichen und privaten Hausangestellten

⁵⁹² Dazu S. 133 f.

⁵⁹³ Vgl. auch Art. 41 Abs. 2 PHV.

⁵⁹⁴ Diese können etwa wie das Bureau de l'Amiable Compositeur in Genf (dazu S. 233 ff.) vorbestehen oder spezifisch mit Blick auf eine konkrete Streitigkeit eingesetzt werden.

ausländischer Missionen und Diplomaten um ein weltweites Problem handelt, hätte eine internationale Schlichtungsbehörde den Vorteil, dass sie grundsätzlich allen Betroffenen zur Verfügung stehen würde. Da eine Schlichtung ohne Teilnahme der Hausangestellten kaum denkbar ist, dürfte jedoch eine internationale Schlichtungsstelle kaum praktikabel sein.

Schwachpunkt von Schlichtungsstellen ist, dass die (allenfalls nur teilweise) Durchsetzung der Rechte der Hausangestellten von der Kooperationsbereitschaft des Entsendestaats abhängt. Die Angestellten stehen oft vor der Entscheidung, entweder einem für sie allenfalls eher ungünstigen Vergleich zuzustimmen und auf einen (erheblichen) Teil ihrer Ansprüche zu verzichten oder auf ihren Ansprüchen zu beharren und zu riskieren, diese nie durchsetzen zu können. Eine gewisse Gefahr bei Schlichtungsmechanismen liegt daher auch darin, dass die Diplomatinen und Diplomaten oder der Entsendestaat unter Umständen zu einem sehr günstigen Vergleich mit einem abschliessenden Verzicht der Hausangestellten auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche gelangen, weil sie wegen der Immunität grundsätzlich über die stärkere Verhandlungsposition verfügen. Als besonders störend erweist sich, wenn sich ein Diplomat bei strafrechtlich relevantem Verhalten mit einer relativ bescheidenen Summe freikaufen kann. Umgekehrt kann es auch Situationen geben, in denen Hausangestellte unbegründete Forderungen stellen. Inwieweit vor Schlichtungsstellen faire oder jedenfalls vertretbare Vergleiche geschlossen werden, hängt neben der Kooperationsbereitschaft des Entsendelands wohl nicht unwesentlich vom Geschick der Schlichtungspersonen ab. Besonders wichtig erscheint, dass sich die Parteien und vorab die Hausangestellten als schwächere Partei bewusst sind über die Konsequenzen eines Vergleichs und namentlich die Unmöglichkeit, später weitere Ansprüche geltend machen zu können.

Theoretisch wäre ferner auch möglich, dass der Entsendestaat einwilligen würde, eine Streitigkeit mit dienstlichen Hausangestellten durch ein internationales Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Entsprechende Fälle sind der Autorin nicht bekannt.

b) Das Bureau de l'Amiable Compositeur als Beispiel

In der Schweiz besteht mit dem Bureau de l'Amiable Compositeur (BAC) in Genf eine Stelle zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Hausbediensteten und Personen oder Institutionen, die Immunität geniessen⁵⁹⁵. Es wurde 1995

Erfolgversprechend sind sie nur, wenn sie unparteiisch sind sowie vom Entsendestaat und der betroffenen Hausangestellten akzeptiert werden. Vgl. Art. 41 Abs. 2 PHV.

⁵⁹⁵ Die Ausführungen zum Bureau de l'Amiable Compositeur beruhen mehrheitlich auf Informationen und Unterlagen, welche die Autorin anlässlich eines Gesprächs am

vom Kanton Genf ins Leben gerufen und besteht gegenwärtig aus drei Schlichtungspersonen. Anlass der Errichtung war das infolge vermehrter Medienberichterstattung wachsende Bewusstsein und Unbehagen über die Ausbeutung und den fehlenden Rechtsschutz des Hauspersonals von Diplomatinen und Diplomaten. Aufgrund der 1995 erfolgten Ansiedlung der Welthandelsorganisation (WTO) in Genf und der damit verbundenen starken Zunahme von Personen mit Immunität⁵⁹⁶ und nicht zuletzt aus Sorge um den Ruf des internationalen Genf, entschloss sich der Kanton zur Gründung des Bureau de l'Amiable Compositeur, welches im Übrigen auch Streitfälle aus anderen Kantonen (insb. Bern, Basel, Waadt) behandelt.

Das Ziel der Schlichtungsstelle besteht darin, eine gütliche Einigung in Streitigkeiten zwischen Hauspersonal und Personen beziehungsweise ausländischen Missionen und Institutionen, denen Immunität zukommt, zu erzielen. Die Schlichtungsstelle kann von den Angestellten oder den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern angerufen werden. Faktisch geht die Anfrage in circa 90% der Fälle von den Angestellten aus. Auch das Schweizer Departement für auswärtige Angelegenheiten verweist die Parteien in entsprechenden Streitfällen an die Schlichtungsstelle. Das Verfahren beruht auf den Prinzipien der Freiwilligkeit, der Unparteilichkeit und der Vertraulichkeit und ist kostenlos. Das heisst, die Schlichtungsstelle ist weder Vertreterin der Arbeitgeberseite noch der Arbeitnehmerschaft. Wird die Vertraulichkeit missachtet, behält sich das Bureau de l'Amiable Compositeur vor, ein Verfahren nicht an die Hand zu nehmen oder es zu beenden. Mit dem Schlichtungsverfahren geht kein Immunitätsverzicht einher, den Parteien bleibt es unbenommen, die Gerichte anzurufen. Inhaltlich betreffen die Streitigkeiten zu gut 40% die Umstände einer Kündigung (Fristen, Entschädigungen), zu gut 30% Streitigkeiten wegen der (Nicht-)Einhaltung der vertraglichen Arbeitsbedingungen (Lohn, Ferien, Überstunden etc.), zu circa 6–10% der Fälle Misshandlungen und zu weiteren 6–10% Fälle von Menschenhandel.

Die Parteien haben persönlich am Verfahren teilzunehmen, können sich aber von einem Rechtsvertreter begleiten lassen. Nach Kenntnisnahme der Standpunkte und der relevanten Unterlagen (insb. Arbeitsvertrag) unterbreitet die

2.4.2013 von der Präsidentin der Schlichtungsstelle, Frau Martine Brunschwig Graf, erhalten hat. Informationen zur Schlichtungsstelle sowie die Richtlinie über das Verfahren sind einsehbar auf der Internetseite des Schweizer Aussendepartements unter www.eda.admin.ch, Rubriken: Themen/Internationale Organisationen/Vereinte Nationen (UNO)/Mission Genf/Vorrechte und Immunitäten (Handbuch)/Leitfaden: Schweizer Arbeitsrecht (fr)/Bureau de l'Amiable Compositeur, besucht am 26.7.2013.

⁵⁹⁶ Gemäss Angaben des Bureau de l'Amiable Compositeur belief sich die Anzahl Diplomatinnen und internationaler Funktionäre in Genf 2012 auf 40'000 Personen.

Schlichtungsperson einen – aus ihrer Sicht mindestens vertretbaren – Lösungsvorschlag. Dabei orientiert sie sich an den Vorgaben der Verordnung über die privaten Hausangestellten (PHV), wenn die Parteien keine klare vertragliche Regelung getroffen haben. Bei einer Einigung unterzeichnen die Parteien das von der Schlichtungsperson verfasste Vergleichsprotokoll. Die vereinbarte Entschädigung wird von der Arbeitgeberseite praktisch ausnahmslos bezahlt. Eine Schwierigkeit des Verfahrens besteht darin, dass die Aussagen und Forderungen teils nur schwer auf ihre Glaubwürdigkeit hin geprüft werden können und die Beweislage oft schwierig ist (z.B. keine Beweise für geltend gemachte Überstunden).

In den Jahren 1995 bis 2011 wurden knapp 1'000 Schlichtungsverfahren durchgeführt und es wurden circa 2.5 Millionen Franken von der Arbeitgeberseite an die Arbeitnehmerschaft bezahlt (242 Überweisungen). Jährlich kommen etwa zwischen gut 40 bis 55 neue Verfahren hinzu. Die Erfolgsquote, das heisst das Zustandekommen eines Vergleichs, liegt zwischen einem Viertel und einem Drittel. Damit erweist sich das Bureau de l'Amiable Compositeur als nützliches Instrument, um Streitigkeiten zwischen Hausangestellten und Diplomatinen und Diplomaten sowie ausländischen Missionen zu lösen und damit einen Interessenausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz zu bewirken. Allerdings setzt die Freiwilligkeit des Verfahrens seiner Wirksamkeit eine klare Grenze, gelingt doch bei einer deutlichen Mehrheit der Streitigkeiten – zwei Drittel bis drei Viertel – der Streitigkeiten, bei denen es überhaupt zu einem Schlichtungsverfahren kommt, keine Einigung. Auch scheint es vor allem ein geeignetes Instrument zu sein, um bei einer finanziellen Ausbeutung und allenfalls bei leichten Straftaten eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen, wohingegen der Abschluss eines Vergleichs bei schweren Straftaten fragwürdig erscheint.

5. Entschädigung des Hauspersonals durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft

Können ausgebeutete dienstliche und private Hausangestellte im Gaststaat infolge der diplomatischen Immunität und der Staatenimmunität (insb. Vollstreckungsimmunität) ihre Rechtsansprüche gegen ausländische Diplomaten und den Entsendestaat nicht durchsetzen, stellt die Entschädigung durch das Gastland oder die internationale Gemeinschaft (internationale Organisation, internationaler Fonds) ein weiteres Instrument dar, um die Lücken im Rechtsschutz (teilweise) zu kompensieren. Weil sie vom Grundsatz abweicht, dass der Verursacher die Verantwortung für Rechtsverletzungen zu übernehmen hat, ist sie meines Erachtens nur subsidiär in Betracht zu ziehen, wenn die ausgebeuteten

Hausangestellten auch im Entsendestaat keine reelle Aussicht auf die Durchsetzung berechtigter Ansprüche haben (Fehlen eines zumutbaren alternativen Rechtsschutzes⁵⁹⁷).

a) *Zweck, Reichweite, Umsetzung und Schwächen eines Entschädigungsmechanismus*

Zweck einer durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft anstelle des Entsendelands geleisteten Entschädigung kann nicht die exakte Abgeltung der ausstehenden Ansprüche des ausgebeuteten Hauspersonals sein. Im Fall der privaten Hausangestellten wäre dies mangels der Möglichkeit, ein Gerichtsverfahren durchzuführen, die verantwortlichen Diplomaten vorzuladen und die geltend gemachten Ansprüche detailliert zu prüfen, auch kaum durchführbar⁵⁹⁸. Vielmehr geht es um eine eher tief angesetzte Pauschalentschädigung im Sinn einer Billigkeitsentschädigung, welche die größten Folgen der Ausbeutung mildern soll. Diese Unterstützung setzt zugleich ein Zeichen der Solidarität und bedeutet die Anerkennung des Leids und der problematischen immunitätsbedingten Rechtlosigkeit, welche Hausangestellte im Interesse der Staaten und deren Beziehungen zu erdulden haben.

Wird die Entschädigungspflicht des Gastlands oder der internationalen Gemeinschaft als Ausgleichsmechanismus eingesetzt, ist ihre Reichweite festzulegen: Die Ausbeutung reicht von menschenrechtlich nicht relevanten Vertragsverletzungen wie dem Nichtbezahlen des Lohns und von Überstunden oder unrechtmässigen Kündigungen, über menschenrechtlich relevante, aber vergleichsweise wenig gravierende Tatbestände wie das Verbot Gottesdienste zu besuchen oder eine punktuelle Einschränkung der Bewegungsfreiheit bis hin zu gravierenden Menschenrechtsverletzungen wie Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlungen oder sklavereiähnliche Ausbeutung. Denkbar ist erstens, alle Rechtsverstöße, also auch menschenrechtlich nicht relevante Verletzungen der massgeblichen arbeitsrechtlichen Vorgaben ab einer gewissen

⁵⁹⁷ Dazu auch S. 294 ff.

⁵⁹⁸ Der Entsendestaat genießt für arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit dienstlichen Hausangestellten im Gastland in der Regel keine Gerichtsbarkeitsimmunität. Die Erfahrung zeigt, dass Entsendestaaten im Gaststaat gerichtlich anerkannte Forderungen – trotz der ihnen dort zustehenden weitreichenden Vollstreckungsimmunität – meist begleichen. Demnach stellt sich die Frage nach einer Pauschalentschädigung durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft bei dienstlichen Hausangestellten vergleichsweise selten. Sollte diese Situation dennoch eintreffen, kann es m.E. auch hier nicht um eine exakte Entschädigung der im Gastland gerichtlich anerkannten Forderung der Hausangestellten gegenüber dem Entsendestaat gehen. Vielmehr ist auch diesfalls lediglich eine Pauschalentschädigung zur Überwindung der schlimmsten Folgen der Ausbeutung zu leisten.

Schwere, zu entschädigen. Dafür spricht, dass auch hier teils erhebliche Entschädigungsansprüche in Frage stehen, die für die Hausangestellten und das Fortkommen ihrer Familien von grosser Bedeutung sein können⁵⁹⁹. Zweitens können lediglich für Menschenrechtsverletzungen ab einer gewissen Schwere Entschädigungen ausgerichtet werden. Für diesen Ansatz lässt sich vor allem vorbringen, dass der Gaststaat und die internationale Gemeinschaft die Ausbeutung nicht zu verantworten haben, weshalb es sich rechtfertigt, Pauschalentschädigungen auf besonders schwere Fälle – insbesondere Eingriffe in die physische, psychische oder sexuelle Integrität – zu beschränken. Eine grosszügigere Entschädigung durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft würde den unerwünschten Effekt verstärken, dass sich die Urheber der Ausbeutung – die Entsendestaaten und die fehlbaren Diplomaten – erst recht aus ihrer Verantwortung stehlen⁶⁰⁰. Eine Entschädigungspflicht des Gaststaats lässt sich juristisch am ehesten rechtfertigen, soweit ihm ohnehin positive Menschenrechtsverpflichtungen obliegen. Dies ist hauptsächlich bei Eingriffen in die physische, psychische oder sexuelle Integrität der Fall, was somit ebenfalls für eine Beschränkung der Entschädigungspflicht auf menschenrechtlich relevante Eingriffe ab einer gewissen Schwere spricht.

Auf der praktischen Ebene setzt die Entschädigung durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft eine Stelle voraus, welche die Entschädigungsgesuche ausgebeuteter Hausangestellter entgegennimmt. Erfolgt die Entschädigung über einen internationalen Fonds oder eine internationale Institution, liegt

⁵⁹⁹ Wird auch die (rein) finanzielle Ausbeutung von Hausangestellten durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft entschädigt, stellen sich Abgrenzungsfragen. Wenn Hausangestellte finanziell schadlos gehalten werden, weil sie infolge der völkerrechtlichen Immunitäten ihre Lohnforderungen und ähnliches nicht gegen die Diplomaten bzw. den Entsendestaat durchsetzen können, sollten dann nicht etwa Handwerker, die das Honorar ihrer für Diplomatinen und ausländische Missionen im Gastland erbrachten Leistungen nicht eintreiben können, gleichermassen entschädigt werden? M.E. ist die Situation von Handwerkerinnen und anderen Vertragspartnern, die für Diplomatinen und ausländische Missionen Leistungen erbringen, nicht ohne Weiteres mit der Situation von privaten und dienstlichen Hausangestellten vergleichbar. Arbeitnehmer, v.a. solche in tiefen Chargen, befinden sich in einem ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerschaft ist denn auch ein im Völkerrecht klar anerkanntes Anliegen. Entsprechend fokussiert etwa die ILO stark auf die Arbeitsbedingungen der schwächsten, d.h. stark abhängigen und ausbeutungsgefährdeten Personen. Unternehmerinnen und Handwerker, die in einem Werk- oder Auftragsverhältnis vertragliche Leistungen für ausländische Diplomaten und Missionen erbringen, stehen zu diesen in keinem Abhängigkeitsverhältnis und sind daher auch nicht gleich schutzbedürftig. Das ändert nichts daran, dass die Unmöglichkeit das Honorar einzutreiben, sie im Einzelfall empfindlich treffen kann.

⁶⁰⁰ Dazu mehr auf S. 238 f.

ein Vorgehen über die UNO oder allenfalls die ILO nahe, da es sich bei der Ausbeutung von Bediensteten ausländischer Missionen und Diplomaten um ein internationales Problem handelt. Bei der Entschädigung durch die Gaststaaten könnte allenfalls auf bereits bestehende Strukturen zurückgegriffen werden, wie beispielsweise Behörden, freiwillige Schlichtungsmechanismen für arbeitsrechtliche Streitigkeiten oder Opferberatungsstellen⁶⁰¹. Die designierte Stelle hat gestützt auf die vorhandenen Unterlagen (z.B. Arztzeugnisse, Polizeirapporte), Gespräche mit der Hausangestellten und allfällige weitere Beweismassnahmen (z.B. Gespräche mit Zeuginnen und Zeugen wie Nachbarinnen) die Plausibilität des geschilderten Sachverhalts und der geltend gemachten Ansprüche zu prüfen und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob und in welcher Höhe eine Pauschalentschädigung zu leisten ist. Die Herausforderung dieses Ausgleichsmechanismus liegt zweifellos darin, die Plausibilität der gestellten Forderungen – ohne Gerichtsverfahren und vor allem ohne die Mithilfe der Diplomatinen sowie des Entsendelands – zu beurteilen und zu verhindern, dass Zahlungen für grundlose oder überhöhte Forderungen entrichtet werden. Allerdings ist den durch die Immunitäten und Vorrechte bedingten Erschwernissen für die Beweisführung angemessen Rechnung zu tragen und mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob die Hausangestellte ihre Mitwirkungspflicht erfüllt und das in der entsprechenden Situation Erwartbare vorgekehrt hat.

Offensichtlicher Schwachpunkt einer Entschädigung des Hauspersonals durch den Gaststaat⁶⁰² oder die internationale Gemeinschaft ist ihre Anreizstruktur: Anstatt, dass die verantwortlichen Diplomatinen und Entsendestaaten für ihr widerrechtliches Verhalten einstehen, mindern der Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft als nicht verantwortliche Dritte die grössten Auswirkungen der Ausbeutung. Die Entschädigung durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft wird zweifellos den unerwünschten Effekt haben, bestimmte Länder sowie Diplomaten dazu zu verleiten, noch sorgloser mit der Problematik der Ausbeutung von privaten und dienstlichen Hausangestellten umzugehen und

⁶⁰¹ Vgl. dazu S. 240 ff.

⁶⁰² PAVONI erachtet eine Entschädigung durch den Forumstaat als wenig realistisch. Gerichtsstaaten würden seiner Auffassung nach eher ihre Haltung gegenüber der Staatenimmunität überdenken als sich der Gefahr auszusetzen, zahlreiche Opfer von Menschenrechtsverletzungen zu entschädigen (Human Rights, S. 82). Der Einwand ist nicht völlig von der Hand zu weisen. Der Widerstand dürfte besonders ausgeprägt sein, wenn die Menschenrechtsverletzung (z.B. Folter) im Ausland begangen wurde. Diese Situation lässt sich nicht ohne Weiteres mit der hier untersuchten vergleichen, in der die Rechtsverletzung im Gerichtsstaat selber erfolgt. Wegen des territorialen Bezugs und der menschenrechtlichen Schutzpflichten liegen stärkere Argumente für eine Entschädigung durch den Gaststaat vor.

sich bei der Entschädigung erst recht ihrer Verantwortung zu entziehen. Von einem solchen Ausgleichsmechanismus profitieren neben den ausgebeuteten Hausangestellten also vor allem auch verantwortungslose Diplomaten und Länder zulasten der sich korrekt verhaltenden Länder und deren Bürgerinnen und Bürger. Aus der Sicht der betroffenen Hausbediensteten stellt eine Pauschalentschädigung jedoch eine klare Verbesserung dar, auch wenn sie den fehlenden oder lückenhaften Rechtsschutz im Gast- und Entsendestaat nicht zu kompensieren vermag. Sie kann ihnen aber helfen das Leid und die ihnen widerfahrere Ungerechtigkeit zu meistern. Eine Entschädigung stellt auch ein gewisses Korrektiv zum Umstand dar, dass die ausgebeuteten Individuen im Interesse funktionierender internationaler Beziehungen, des Schutzes des diplomatischen Verkehrs und der staatlichen Souveränität, das heisst im Interesse der Staaten und der Allgemeinheit, mit dem Verlust des Rechtsschutzes einen überaus hohen Preis zu zahlen haben. Bedenkt man diesen letzten Aspekt, relativieren sich auch die Bedenken, den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft – welche ihrerseits von den Immunitäten profitieren – eine (partielle) Entschädigungspflicht aufzubürden. Zudem lässt sich argumentieren, dass die Entschädigungspflicht des Gaststaats der Preis dafür ist, dass er im Verhältnis zum Entsendeland die ihm an und für sich obliegenden positiven menschenrechtlichen Schutzpflichten aufgrund des diplomatischen Rechts nicht vollständig wahrnehmen muss⁶⁰³. Überdies ist es keineswegs ungewöhnlich, dass die Gemeinschaft subsidiär Unterstützung leistet, wenn Einzelne durch Dritte besonders schwer in ihrer Integrität beeinträchtigt werden. Das zeigt sich etwa an dem auch von der Schweiz ratifizierten Europäischen Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 24. November 1983⁶⁰⁴ sowie an nationalen Opferhilfemechanismen. In der Schweiz beispielsweise ist die Entschädigung ausgebeuteter Hausangestellter von ausländischen Missionen und Diplomaten durch den Gaststaat mit dem Opferhilfegesetz (OHG) bereits möglich – jedenfalls für menschenrechtlich relevante Eingriffe in die physische, psychische und sexuelle Integrität⁶⁰⁵. Freilich verfügen nicht alle Länder über entsprechende Gesetze. Einige Länder sehen

⁶⁰³ Dies trifft vorab auf die Vertragsparteien von Menschenrechtsabkommen wie der EMRK und der UNO-Pakte zu. Elementare Menschenrechte wie das Sklavereiverbot und das Folterverbot gelten aber auch gewohnheitsrechtlich, von der gewohnheitsrechtlichen Geltung dürften auch positive Verpflichtungen, wie etwa die Pflicht, Personen auf dem eigenen Territorium vor Folter durch Dritte zu schützen, erfasst sein.

⁶⁰⁴ 1525 UNTS 37. Auf universeller Ebene wurde etwa gestützt auf Art. 79 des Römer Statuts auch ein Treuhandfonds zur Entschädigung der Opfer der vom Internationalen Strafgerichtshof geahndeten Verbrechen (insb. Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) errichtet.

⁶⁰⁵ Dazu gleich anschliessend die Ausführungen zum Anwendungsbereich des OHG.

zwar Entschädigungen für Opfer von im Inland begangenen Straftaten vor, knüpfen sie aber eventuell an die Bedingung, dass das Opfer eine Strafanzeige macht, beziehungsweise ein Strafverfahren eröffnet wird. Da die Immunität Strafverfahren gegen Diplomatinen und Diplomaten verhindert – jedenfalls solange sie im Gastland im Amt sind – müsste für ausgebeutete dienstliche und private Hausangestellte eine Ausnahme von diesem Erfordernis gemacht werden, damit die bestehende Opferhilfestrukturen auch effektiv zu ihren Gunsten und damit als Instrument für den Ausgleich zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz eingesetzt werden könnten. So oder so könnte aber auch in diesem Fall an die bestehenden Opferhilfestrukturen angeknüpft werden. Einen etwas anderen Weg geht Frankreich: Der Conseil d’Etat anerkennt in bestimmten Fällen besonders gravierender Ausbeutung gestützt auf Staatshaftungsbestimmungen, dass der Gaststaat Hausangestellte entschädigen muss, wenn sie aufgrund der diplomatischen Immunität (Vollstreckungsimmunität) ihres Arbeitgebers Gerichtsurteile nicht durchsetzen können⁶⁰⁶.

Die Entschädigung durch den Gaststaat hat gegenüber derjenigen durch die internationale Gemeinschaft den Vorzug, dass die Gaststaaten dadurch einen Anreiz erhalten, ihre Gesetzgebung so auszugestalten, dass die Gefahr einer Ausbeutung von privaten und dienstlichen Hausangestellten möglichst minimiert wird (Ausbeutungsprävention). Positiv zu werten ist zudem, dass der Gaststaat infolge seiner subsidiären Entschädigungspflicht ein eigenes (finanzielles) Interesse daran hat, beim Entsendeland auf eine einvernehmliche Lösung mit den Hausangestellten oder auf einen Immunitätsverzicht zu dringen. Im Gegenzug könnte nur die Entschädigung durch einen internationalen Fonds oder eine internationale Organisation sicherstellen, dass diese weltweit gleichmässig eingerichtet und nicht bloss Hausangestellten in bestimmten Gaststaaten zugute kommt.

b) Schweizer Opferhilfe als Beispiel eines Entschädigungsmechanismus

Da die Opferhilfe in der Schweiz, wie bereits erwähnt, auch ausgebeuteten Hausangestellten von ausländischen Missionen und Diplomaten zur Verfügung steht und somit als Ausgleichsmechanismus zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz dient, soll ihre Funktionsweise im Folgenden überblicksartig erläutert werden. Anspruchsberechtigt ist gemäss Opferhilfegesetz (OHG) primär jede Person, die durch eine in der Schweiz begangene Straftat unmittelbar in ihrer physischen, psychischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt worden ist (vgl. Art. 1 und Art. 3). Erbracht wird die

⁶⁰⁶ Conseil d’Etat, No. 325253, 11.2.2011 (Susilawati) in einem Fall von Zwangsarbeit bei einem Diplomaten.

Opferhilfe durch die Kantone, welche dafür zu sorgen haben, dass unabhängige Beratungsstellen zur Verfügung stehen (Art. 9 OHG). Die Leistungen umfassen namentlich Beratung, Entschädigungen (Schadenersatz) sowie Genugtuung (Art. 2 OHG)⁶⁰⁷, wobei nach dem Zeitpunkt der Leistungserbringung zwischen Soforthilfe und längerfristiger Hilfe unterschieden wird. Die Opferhilfe basiert auf dem Prinzip der Subsidiarität. Entsprechend werden Entschädigungen oder eine Genugtuung nur entrichtet, wenn der Täter oder die Täterin oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt oder es dem Opfer angesichts besonderer Umstände nicht zumutbar ist, sich um Leistungen Dritter zu bemühen (Art. 4 OHG). Vorausgesetzt wird ferner, dass die Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität durch eine Straftat nach Schweizer Recht verursacht wurde. Das Opferhilfegesetz definiert nicht, welche Straftaten einen Anspruch auf Opferhilfe begründen können. Das bestimmt sich vielmehr im Einzelfall nach der Wirkung einer Straftat auf das Opfer (opferbasierter Ansatz). Ausschlaggebend ist, ob die Beeinträchtigung des Geschädigten in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität das legitime Bedürfnis auslöst, die Hilfsangebote und die Schutzrechte des Opferhilfegesetzes in Anspruch zu nehmen⁶⁰⁸. Die Verletzung rein finanzieller Interessen fällt nicht in den Anwendungsbereich des Opferhilfegesetzes⁶⁰⁹. Da gegen ausländisches diplomatisches Personal in der Schweiz vorbehaltlich eines Immunitätsverzichts kein Strafverfahren durchgeführt werden kann, ist Art. 1 Abs. 3 OHG im Zusammenhang mit der Opferhilfe für Hauspersonal von ausländischen Diplomaten und Missionen von zentraler Bedeutung⁶¹⁰. Die Bestimmung sieht vor, dass der Anspruch auf Opferhilfe unabhängig davon besteht, ob der Täter oder die Täterin ermittelt worden ist, sich schuldhaft verhalten oder vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Das bedeutet namentlich, dass eine Strafanzeige und die Durchführung eines Strafverfahrens, welche durch die diplomatische Immunität ausgeschlossen wird, keine Voraussetzung für die Bean-

⁶⁰⁷ Die maximalen Entschädigungen und Genugtuungssummen sind gesetzlich auf Fr. 120'000 bzw. Fr. 70'000 festgelegt (Art. 20 und Art. 23 OHG). Während die Genugtuung unabhängig von der Einkommenssituation des Opfers geleistet wird, setzt ein Anspruch auf Entschädigung voraus, dass deren jährliche Einnahmen eine bestimmte Grenze nicht überschreiten; siehe Art. 6, Art. 16, Art. 20 und Art. 23 OHG sowie Art. 1 ff. OHV. Die Genugtuung kann herabgesetzt werden, wenn die anspruchsberechtigte Person Wohnsitz im Ausland hat und die Höhe der Genugtuung auf Grund der Lebenshaltungskosten am Wohnsitz unverhältnismässig wäre (Art. 27 Abs. 3 OHG).

⁶⁰⁸ ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 6.

⁶⁰⁹ ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 36.

⁶¹⁰ Ein (seltener) Hinweis darauf, dass Straftaten ausländischer Diplomatinen Ansprüche nach dem Opferhilfegesetz auslösen können, findet sich bei ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 11 m.H.

spruchung von Opferhilfe ist⁶¹¹. Damit sind allerdings noch nicht alle Schwierigkeiten für die Beanspruchung der Opferhilfe durch Hausangestellte von ausländischen Missionen und Diplomaten ausgeräumt. Während für die Beanspruchung von Soforthilfe (z.B. eine Notunterkunft, Überbrückungsgeld, notwendige medizinische Massnahmen, Übersetzungskosten) genügen muss, dass eine die Opferstellung begründende Straftat in Betracht fällt, setzt eine Entschädigung oder eine Genugtuung grundsätzlich den Nachweis einer Straftat beziehungsweise der Opfereigenschaft im Sinn des OHG voraus⁶¹². Dieser Nachweis ist für privates und dienstliches Hauspersonal ausländischer Diplomatinen und Missionen offenkundig erheblich erschwert, da gegen die beschuldigten Diplomaten kein Strafverfahren durchgeführt werden kann und sie auch nicht zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung gezwungen werden können⁶¹³. Erschwernisse für die Beweisführung ergeben sich weiter auch aus der Unverletzlichkeit der Residenz der Diplomatinen und der Mission. Diesen besonderen Beweisschwierigkeiten ist meines Erachtens durch die zuständigen Stellen im Einzelfall angemessen Rechnung zu tragen, da ansonsten der Zweck des Opferhilfegesetzes – die relativ unbürokratische Unterstützung von Opfern von Straftaten – gerade bei der besonders verwundbaren Gruppe der Hausangestellten von ausländischen Diplomaten und Missionen in Frage gestellt wird⁶¹⁴. Den Gesetzesmaterialien lässt sich jedenfalls der deutliche Wille des Gesetzgebers entnehmen, besondere Beweisschwierigkeiten situationsbezogen zu berücksichtigen. So heisst es in der Botschaft zur Totalrevision des Opferhilfegesetzes im Zusammenhang mit der erforderlichen Glaubhaftmachung fehlender oder ungenügender Leistungen durch Dritte (Art. 4 OHG): «Die Opferhilfestelle muss besonderen Umständen Rechnung tragen. Es ist denkbar, dass die Glaubhaftmachung dem Opfer wegen praktischer Schwierigkeiten oder anderer damit verbundener Belastungen nicht zugemutet werden kann»⁶¹⁵.

Inwieweit ausgebeutete Hausangestellte nicht nur Soforthilfe, sondern auch Schadenersatz und Genugtuung nach dem OHG erhalten können und das Opferhilfegesetz somit auch für sie ein wirksames Instrument ist, hängt im Ergebnis entscheidend davon ab, ob den durch das diplomatische Recht und die Staatenim-

⁶¹¹ ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 4 und 13.

⁶¹² Vgl. etwa BGer 1C_348/2012 vom 8.5.2013, E. 2.4.

⁶¹³ Generell zur Beweisproblematik: ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 43 ff. und PETER GOMM, Art. 4, in Gomm/Zehntner, OHG-Kommentar, Rz. 20.

⁶¹⁴ Auch Zehntner warnt davor, die Anforderungen an den Nachweis der Opfereigenschaft derart hoch anzusetzen, dass eine wirksame Hilfe illusorisch wird; ZEHNTNER, Art. 1, Rz. 2.

⁶¹⁵ BUNDES RAT, Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 9. 11. 2005, in BB1 2005 7165, S. 7206.

munität bedingten besonderen Beweisschwierigkeiten Rechnung getragen wird. Gemäss einer Rückfrage bei den zuständigen Stellen in Bern und Genf können dienstliche und private Hausangestellte ohne Weiteres Soforthilfe beanspruchen und auch die Auszahlung einer Entschädigung oder einer Genugtuung ist grundsätzlich möglich, sofern die Hausangestellte mittels Indizienbeweises glaubhaft machen kann (überwiegende Wahrscheinlichkeit), dass sie Opfer einer Straftat im Geltungsbereich des Opferhilfegesetzes geworden ist. Als Beweismittel könnten etwa ärztliche Bescheinungen, Aussagen von Psychologinnen (z.B. über eine allfällige Traumatisierung), Zeugenaussagen sowie die eigenen Aussagen der Hausangestellten (Glaubwürdigkeit) dienen. Überraschenderweise stellen schwer ausgebeutete Hausangestellte ausländischer Missionen in der Praxis jedoch nur wenige Gesuche um Ausrichtung von Opferhilfe⁶¹⁶.

6. Vorschriften zu Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter

Im Zusammenhang mit den reaktiven Massnahmen stehen auch (immunitätsrechtskonforme) Vorschriften zur Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter, die nicht präventiv gegen Ausbeutung wirken, sondern deren Auswirkungen minimieren sollen.

In Betracht kommt vorab die Verankerung einer Vorschrift, welche für die in der Residenz der Missionschefinnen tätigen Hausbediensteten die (privatrechtliche) Anstellung durch den Entsendestaat (anstatt durch die Diplomaten) vorschreibt⁶¹⁷. Die Praxis ist unterschiedlich: In der Schweiz verfügt dieses Hauspersonal gegenwärtig etwa je zur Hälfte über einen Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat und den Missionschefinnen. Obschon es im Wesentlichen dieselben Tätigkeiten ausführt, variiert sein Rechtsschutz je nach Arbeitgeber erheblich. Anders als das von den Diplomaten eingestellte Hauspersonal, können in der Residenz des Missionschefs tätige Bedienstete, die den Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat abgeschlossen haben, im Gastland zivilrechtlich gegen diesen als ihren Arbeitgeber vorgehen. Ausländische Staaten geniessen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Regel keine Gerichtsbarkeitsimmunität. Da sie zudem im Gastland ergangene Urteile erfahrungsgemäss trotz ihrer weitgehenden Vollstreckungsimmunität meist freiwillig umsetzen, würde die privatrechtliche

⁶¹⁶ Die zuständigen Stellen in Genf berichten von ein bis zwei Gesuchen um Soforthilfe pro Jahr (Centre LAVI) und der Instance d'Indemnisation LAVI war nur ein Gesuch um Entschädigung bekannt; den Berner Behörden waren keine entsprechenden Gesuche bekannt (Gesundheits- und Fürsorgedirektion: Gesuche für eine Entschädigung oder Genugtuung; Beratungsstelle für Opferhilfe: Soforthilfe); Auskunft vom März 2014.

⁶¹⁷ Siehe dazu auch die weiteren Ausführungen auf S. 272 f.

Anstellung durch den Entsendestaat den Rechtsschutz der in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausangestellten folglich bedeutend verbessern. Weil eine entsprechende Vorschrift des Gaststaats in einem gewissen Spannungsverhältnis zur staatlichen Organisationshoheit steht, wäre – was hier gefordert wird – dieser Grundsatz leicht einschränkend zu interpretieren⁶¹⁸.

Weiter würde zur Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter dienstlicher und privater Hausangestellter beitragen, wenn gesetzlich vorgesehen würde, dass Ausbeutungsopfern zwecks Durchführung eines Verfahrens gegen den Entsendestaat oder die fehlbaren Diplomatinen im Gastland ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden kann⁶¹⁹. Die Möglichkeit eines Verfahrens im Gaststaat beschränkt sich im Wesentlichen auf Fälle, in denen dienstliches Hauspersonal einen Zivilklage gegen den Entsendestaat erhebt oder in denen dienstliches oder privates Hauspersonal ein Zivil- oder Strafverfahren gegen Diplomatinnen anstrengt, die zurückberufen worden sind oder deren Immunität aufgehoben worden ist. Ein Aufenthaltsrecht zur Durchführung eines Verfahrens ist vor allem bei einer schweren Ausbeutung (erhebliche Eingriffe in die physische, psychische oder sexuelle Integrität) zu erwägen, wobei ihm eine gesteigerte Bedeutung zukommt, wenn den Opfern die Prozessführung im Entsendestaat nicht möglich oder zumutbar ist. Faktisch stellt sich die Frage nach einem Aufenthaltsrecht zwecks Durchführung eines Prozesses nur, wenn die Angestellte nicht bereits aus einem anderen Grund – etwa einer Beschäftigung bei einem neuen Arbeitgeber – über ein Aufenthaltsrecht im Gaststaat verfügt.

III. Präventive Massnahmen gegen Ausbeutung

Geeignete präventive Vorkehren sind prinzipiell alle mit dem diplomatischen Recht und den Immunitäten kompatiblen Massnahmen, die eine Ausbeutung unwahrscheinlicher machen; sei es, dass sie diese erschweren oder dass sie Wissenslücken ausländischer Diplomatinen über ihre Pflichten gegenüber dem Hauspersonal beheben.

Als Präventivmassnahme bietet sich insbesondere die punktuelle oder abschliessende Reglementierung der Arbeits- und Aufenthaltsbedingungen von Hausangestellten an. Sie ist aber nur im Rahmen des Völkerrechts zulässig und

⁶¹⁸ Dazu ausführlicher S. 272 f.

⁶¹⁹ In der Schweiz eröffnet das Ausländerrecht einen Spielraum für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für Ausbeutungsopfere; siehe insb. Art. 30 Abs. 1 lit. b und d des Ausländergesetzes (AuG) und Art. 32 Abs. 1 lit. d der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. 10. 2007 (SR 142.201). Die PHV sieht nichts Entsprechendes vor.

hat damit namentlich die im diplomatischen Recht enthaltenen Vorgaben hinsichtlich der Anstellung von Hausangestellten wie zum Beispiel bezüglich der Sozialversicherungen oder der Steuerbefreiung (Art. 33 Abs. 2 ff., Art. 37 Abs. 3 und 4 WÜD) zu respektieren⁶²⁰. Allerdings ergibt sich aus dem Völkerrecht und insbesondere dem diplomatischen Recht nicht abschliessend und zweifelsfrei, welche Vorschriften Gaststaaten für welche Art des Personals von Diplomaten und ausländischen Missionen im Einzelnen erlassen dürfen. Weit verbreitet, akzeptiert und damit völkergewohnheitsrechtlich unproblematisch erscheinen (im Rahmen der Vorschriften des WÜD) detaillierte Bestimmungen des Gaststaats über die Anstellungs- und Arbeitsbedingungen des privaten Hauspersonals von Diplomaten⁶²¹. Ebenso wenig scheint grundsätzlich in Frage gestellt, dass der Gaststaat das nicht dem versetzbaren Personal zugehörige und privatrechtlich angestellte dienstliche Hauspersonal der Missionen seinem eigenen Arbeitsrecht unterstellen und etwa Regeln über Mindestlöhne, Ruhezeiten und Ferien erlassen darf⁶²². Dagegen würde es sicherlich als völkerrechtlich unzulässig erachtet, wenn ein Gastland ausländische Diplomatinen und Diplomaten und wohl generell das versetzbare Personal ausländischer Missionen dem eigenen Arbeitsrecht unterstellen würde. Für das Hauspersonal ist aus dem Gesagten zu schliessen, dass Vorschriften des Gastlands zu den Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten und des dienstlichen Hauspersonals ausländischer Missionen, jedenfalls soweit es sich nicht um versetzbare Personal handelt, völkerrechtlich grundsätzlich zulässig erscheint. Als allgemeine Grenze bei den dienstlichen Hausangestellten ist stets zu berücksichtigen, dass allfällige Vorschriften die Funktionsfähigkeit ausländischer Missionen nicht in Frage stellen dürfen (*ne impediatur legatio*). Mögliche Gesetzesinhalte zur Verhinderung der Ausbeutung von Hausangestellten werden im Folgenden am Beispiel der Schweizer Verordnung über private Hausangestellte diskutiert.

⁶²⁰ Vgl. auch Art. 27 GSG und Art. 18 f. V-GSG. Zu beachten ist ferner auch der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz, dass ein Land selber darüber befinden kann, wen es anstellt. Dazu S. 272.

⁶²¹ Für Hinweise auf entsprechende Normen verschiedener Länder siehe DENZA, Commentary, S. 463.

⁶²² So gilt z.B. in England für das Personal an ausländischen Missionen ein Minimallohn, DENZA, Commentary, S. 463. Auch das Schweizer Recht unterstellt das lokale dienstliche Hauspersonal dem Schweizer Recht (Art. 27 Abs. 1 GSG, Art. 18 Abs. 3 V-GSG), wobei die zwingenden Vorschriften selbst bei einer zulässigen Rechtswahl grundsätzlich anwendbar bleiben. Dazu auch S. 24.

1. Die Verordnung über private Hausangestellte (PHV) als Beispiel eines nationalen Erlasses gegen Ausbeutung

a) Inhalt

In der Schweiz ist mit der Verordnung über die privaten Hausangestellten (PHV) seit dem 1. Juli 2011 erstmals eine umfassende Regelung der Anstellungs- und Arbeitsbedingungen von privaten Hausangestellten in Kraft⁶²³. Wie sich aus ihrem Titel ergibt, normiert sie die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen privater Hausangestellter von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen. Damit fungiert dieser Erlass für eine bestimmte Kategorie ausländischer Angestellter zugleich als spezialgesetzliches Ausländer- und Arbeitsrecht. Die PHV ist anwendbar auf (ausländisches⁶²⁴) privates Hauspersonal im Sinn von Art. 1 lit. h WÜD und Art. 1 lit. i WÜK, das auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags von (bestimmten) Beschäftigten zwischenstaatlicher Organisationen, ausländischer Missionen oder ständiger Missionen bei zwischenstaatlichen Organisationen angestellt ist⁶²⁵. Zu den möglichen Arbeitgebern zählen namentlich Diplomaten und Mitglieder des administrativen und technischen Personals ausländischer Missionen, Beamtinnen zwischenstaatlicher Organisationen sowie Konsularbeamte⁶²⁶. Nicht in den Anwendungsbereich der PHV fallen demnach dienstliche Hausangestellte ausländischer Botschaften, Konsulate und ständiger Missionen bei internationalen Organisationen⁶²⁷.

Die Verordnung enthält eine Reihe von Vorschriften, die für die Ausbeutungsprävention bedeutsam sind. Dazu gehört unter anderem die in Art. 7 Abs. 1 PHV vorgeschriebene Beschränkung auf eine Hausangestellte pro Haushalt, da sich mit der Zahl der Beschäftigten insgesamt auch die Zahl potentieller Opfer verkleinert. Allerdings dürfte die Beschränkung die Gefahr einer Ausbeutung insofern etwas verstärken, als isolierte Hausangestellte wehrloser sind. Art. 7 Abs. 2 und 3 PHV behält namentlich für die Missionschefinnen und Mis-

⁶²³ Verordnung vom 6.6.2011 über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen (SR 192.126).

⁶²⁴ Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind private Hausangestellte mit Schweizer Staatsangehörigkeit sowie Personen, die im Besitz einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung sind oder denen vorläufige Aufnahme gewährt wurde. Beschränkt ist ihre Anwendbarkeit zudem bei Hausangestellten aus einem Mitgliedstaat der EU oder der EFTA; siehe Art. 1 Abs. 3 lit. b und Abs. 4 PHV.

⁶²⁵ Siehe Art. 1–3 PHV zum Geltungsbereich.

⁶²⁶ Art. 4 ff. PHV. Ausgenommen sind Schweizer Staatsangehörige sowie Personen mit einer ausländerrechtlichen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung (Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 PHV).

⁶²⁷ So explizit Art. 1 Abs. 3 lit. a PHV; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 PHV.

sionschefs die Möglichkeit vor, eine Bewilligung zur Einstellung mehrerer Hausangestellter zu erhalten. Dabei ist explizit vorgesehen, dass das Aussendepartement in Hinblick auf die Bewilligungserteilung berücksichtigt, ob mit der Diplomatin oder der zuständigen Mission (d.h. dem Entsendestaat⁶²⁸) arbeitsrechtliche Streitigkeiten vorangegangen sind oder diese Schulden bei Gläubigerinnen in der Schweiz haben (Art. 7 Abs. 4 PHV).

Gemäss Art. 8 PHV gilt bei der Einstellung von privaten Hausangestellten ein Vorrang für Personen, die sich in der Schweiz aufhalten. Möchte der Arbeitgeber eine Person aus dem Ausland beschäftigen, muss er nachweisen, für die Stelle keine in der Schweiz befindliche fähige Person gefunden zu haben. Eine Ausnahme kann für Hausangestellte gemacht werden, die bereits vor der Versetzung für den betroffenen Diplomaten gearbeitet haben. Ferner schreibt Art. 9 Abs. 1 PHV vor, dass private Hausangestellte das 18. Altersjahr vollendet haben (lit. a) und über genügende Kenntnisse einer Amtssprache des Bundes⁶²⁹ oder des Englischen, Spanischen oder Portugiesischen verfügen müssen, um sich während des Aufenthalts in der Schweiz ohne Dolmetscher mit dem Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) verständigen zu können (lit. i). Diese Bestimmungen sind für die Ausbeutungsprävention sinnvoll, da Personen, die mit den hiesigen Verhältnissen vertraut sind, sich mit einem grossen Personenkreis verständigen können und oft bereits Erfahrungen bei anderen Arbeitgebern gemacht haben dürften, sich besser zu helfen wissen und weniger in ausbeuterischen Situationen ausharren werden.

Von zentraler Bedeutung für die Verhinderung von Ausbeutung ist Art. 10 PHV. Danach ist ein schriftlicher, unterzeichneter und in einer im vorangehenden Abschnitt genannten Sprachen verfasster Arbeitsvertrag Bedingung für das Ausstellen der Einreisebewilligung und der Legitimationskarte für Hausbedienstete. Dieser hat dem vom EDA abgefassten Musterarbeitsvertrag zu entsprechen und eine Musterlohnabrechnung zu enthalten, die integraler Vertragsbestandteil ist.

Nach Art. 13 Abs. 1 PHV können private Hausangestellte grundsätzlich jederzeit zu einem anderen Arbeitgeber, der zur Beschäftigung von Hausangestellten im Sinn der Verordnung über private Hausangestellte berechtigt ist, wechseln⁶³⁰. Nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses verbleiben ihnen für die Suche maximal zwei Monate, wobei das neue Arbeitsverhältnis auf Ablauf der Zweimonatsfrist wirksam werden muss, andernfalls sie die Schweiz verlassen müssen (Art. 13 Abs. 2 und 3 PHV).

⁶²⁸ Siehe Art. 2 GSG zu den institutionell Begünstigten.

⁶²⁹ D.h. praktisch Deutsch, Französisch oder Italienisch.

⁶³⁰ Versperrt ist ihnen hingegen der Zugang zum allgemeinen Arbeitsmarkt.

Ein weiteres Element der Ausbeutungsprävention ist zudem Art. 18 Abs. 3 PHV, wonach Hausangestellte, die ein Visum benötigen, persönlich bei der zuständigen Schweizer Vertretung zu erscheinen haben. Diese hat sich zu vergewissern, dass die Angestellte über die verlangten Sprachkenntnisse verfügt (lit. a) sowie den Inhalt des Arbeitsvertrags, insbesondere die Bestimmungen über Arbeitszeiten, Ferien, Entlohnung und Sozialversicherungen, verstanden hat (lit. b). Weiter hat die Vertretung die private Hausangestellte bei dieser Gelegenheit über die Lebenshaltungskosten in der Schweiz zu informieren (lit. c). Ferner müssen im Ausland eingestellte private Hausbedienstete persönlich beim EDA vorsprechen, um ihre Legitimationskarte entgegenzunehmen (Art. 24 Abs. 2 PHV), in der Schweiz eingestellte Personen können dazu aufgefordert werden. Eine Aufforderung zum persönlichen Erscheinen – ohne Begleitung des Arbeitgebers – kann das EDA auch bei der Erneuerung der Legitimationskarte aussprechen (Art. 26 Abs. 2 PHV). Überdies kann es beim Ausstellen der Legitimationskarte auch die Diplomatinen zum persönlichen Erscheinen auffordern, «um sich zu vergewissern, dass sie ihre Arbeitgeberpflichten kennen» (Art. 24 Abs. 3, Art. 25 Abs. 3 PHV).

Von wesentlicher Bedeutung für die Ausbeutungsprävention sind die Vorschriften über die Arbeits- und Lohnbedingungen. Obwohl viele davon wiederholen, was schon kraft der allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften des OR gilt, erscheint ihre Zusammenstellung und Verdeutlichung spezifisch mit Blick auf das Arbeitsverhältnis zwischen Diplomaten und Hausangestellten schon deshalb sinnvoll, weil sich die Vorgaben an Personen richten, die nicht mit dem Schweizer Recht vertraut sind. Die Verordnung unterstellt das Arbeitsverhältnis zwischen den privaten Hausangestellten und ihrer Arbeitgeberschaft dem Schweizer Recht, ohne Rechtswahlmöglichkeit und verweist insbesondere auf die Massgeblichkeit des OR (Art. 28 Abs. 1 PHV). Sodann schreibt sie vor, dass der Arbeitsvertrag nicht zuungunsten des Angestellten von der PHV abweichen darf (Art. 28 Abs. 2 PHV). Die Arbeitgeber werden in Art. 29 PHV explizit daran erinnert, dass sie die Persönlichkeit ihres Hauspersonals zu schützen und zu achten haben (insb. Schutz vor sexueller Belästigung) und ihm zumutbare Lebensumstände bieten müssen. Das bedeutet namentlich, dass sich die Angestellten ausserhalb der Arbeitszeiten frei bewegen und über ihre Personaldokumente verfügen können müssen. Weiter sind Diplomaten verpflichtet, ihren Bediensteten ein eigenes Zimmer (gut belüftet, belichtet und beheizt) sowie eine gesunde und ausreichende Verpflegung (drei Mahlzeiten am Tag) zu bieten (Art. 30 Abs. 1 und 3 PHV). Will die Angestellte nicht im Haushalt des Diplomaten wohnen, kann sie sich für eine externe Unterkunft entscheiden, wobei sie Anspruch auf eine angemessene Wohnungszulage vom Arbeitgeber hat (Art. 30 Abs. 5 PHV). Die PHV schreibt einen (minimalen) Nettolohn von Fr. 1'200 vor, der auf ein

ausschliesslich auf den Namen der Hausangestellten eröffnetes Konto in der Schweiz einzuzahlen ist (Art. 43). Abzüge dürfen keine vorgenommen werden und der Diplomat hat dem Bediensteten jeden Monat eine Lohnabrechnung zu übergeben. Neben dem ausbezahlten Lohn haben Diplomatinnen unter anderem die Kosten für Unterkunft und Verpflegung, für die An- und Rückreise, Sozialversicherungsbeiträge sowie Kranken- und Unfallversicherungsprämien zu tragen (Art. 44 PHV). Die PHV begrenzt die Arbeitszeit auf 45 Stunden pro Woche, schreibt die Pausen und die wöchentliche Ruhezeit (eineinhalb Tag pro Woche) und den Ferienanspruch der Hausangestellten vor (je nach Alter, mindestens vier Wochen) und regelt unter welchen Bedingungen Überstunden zulässig sind (Art. 46, Art. 47, Art. 48 und Art. 50 PHV). Ferner ist jede Woche eine Zusammenstellung der geleisteten Arbeitsstunden zu verfassen und von beiden Seiten zu unterzeichnen (Art. 48 Abs. 1 PHV). Des Weiteren verlangt die PHV, dass Diplomatinnen und andere Arbeitgeber von privaten Hausangestellten im Sinn der PHV für deren Anschluss an die Sozialversicherungen und weitere obligatorische Versicherungen (insb. Alters- und Hinterlassenversicherung, Invalidenversicherung, Arbeitslosenversicherung, berufliche Vorsorge, Kranken- und Unfallversicherung) zu sorgen und die entsprechenden Kosten zu tragen haben (Art. 54 ff.). Zulässig ist nach der PHV, die Hausangestellten vom Schweizer Sozialversicherungssystem auszunehmen, wenn sie in einem anderen Land sozialversichert sind und gewisse minimale Leistungen erbracht werden (Art. 59). Ebenso kann bei einer gleichwertigen Leistung im Ausland die Kranken- und Unfallversicherung im Ausland abgeschlossen werden (Art. 57 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 3 PHV). Bezüglich des Beginns und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelt die Verordnung die Dauer der Probezeit, die Kündigungsgründe und -fristen sowie Kündigungsverbote (z.B. während der Schwangerschaft) sowie die Entschädigungsansprüche bei einer missbräuchlichen Kündigung (Art. 32 ff. PHV).

b) Bewertung der PHV

Die PHV stellt insgesamt einen ausgesprochen wichtigen Beitrag zur Verhinderung der Ausbeutung von privaten Hausangestellten dar, nicht zuletzt weil sie auf verschiedenen Ebenen ansetzt. Zentrale Elemente sind meines Erachtens neben der detaillierten Regelung der Pflichten der Arbeitgeber, dass Arbeitsverhältnisse mit privaten Hausangestellten dem Schweizer Recht unterstehen und keine Rechtswahl möglich ist, dass die Erteilung der Legitimationskarte und der Einreisebewilligung an einen schriftlichen Arbeitsvertrag geknüpft wird, dass ein Arbeitgeberwechsel erlaubt und die Aufenthaltsbewilligung nicht an die Beschäftigung bei einem spezifischen Diplomaten gebunden ist, dass die pri-

vaten Hausangestellten, sofern sie im Ausland angestellt werden, persönlich beim Departement für auswärtige Angelegenheiten vorsprechen und so eine Kontaktstelle für den Ausbeutungsfall besteht und dass sie gewisser Sprachkundig sein müssen, sodass gewährleistet ist, dass sie in der Schweiz nicht völlig isoliert sind, sondern mit der Aussenwelt kommunizieren können. Innovativ und eindeutiger Ausdruck dafür, dass Rechtsverstösse gegen private Hausangestellte nicht toleriert werden, ist die explizit vorgesehene Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens der Arbeitgeber gegenüber seinem Personal. Dabei kann neben dem Verhalten der Diplomaten sogar dasjenige des zuständigen ausländischen Staats gegenüber dem dienstlichen Hauspersonal mitberücksichtigt werden, obschon dieses nicht der PHV untersteht. Wie wirksam diese Vorgabe ist, hängt letztlich davon ab, wie entschieden sie angewandt wird und vor allem wie konsequent Bewilligungen bei einem Missverhalten verweigert werden. Der gemäss PHV vorgesehene Mindestnettolohn von Fr. 1'200 ist bescheiden, ermöglicht aber unter Berücksichtigung der weiteren Leistungen ein würdiges Dasein und allenfalls gar die Übermittlung von Unterstützungsbeiträgen ins Heimatland der Angestellten, wo auch kleine Frankenbeträge ins Gewicht fallen können, da sie dort oft ein Vielfaches wert sind. Zu beachten ist insoweit, dass auch das ausländische diplomatische Personal teils nur ein bescheidenes Entgelt erhält, sodass ein höherer Nettolohn für die Hausangestellten im Widerspruch zum Lohngefüge bestimmter Länder stehen würde.

Die grösste Schwäche der PHV liegt – abgesehen vom Umstand, dass gegen fehlbare Diplomaten wegen ihrer Immunität in der Schweiz in der Regel nicht gerichtlich vorgegangen werden kann und somit auch die Vorschriften der PHV nicht mit Zwangsmassnahmen durchsetzbar sind –, dass sie nicht verhindern kann, dass Hausangestellte schwarz beschäftigt werden und sie insoweit wirkungslos bleibt.

Daneben weist sie allerdings auch gewisse Regelungsschwachpunkte auf. Zu nennen ist vor allem die sehr knapp bemessene Zweimonatsfrist zur Suche eines neuen Arbeitgebers (Art. 13 Abs. 2 PHV). Faktisch fällt diese noch kürzer aus, weil das neue Arbeitsverhältnis auf Ende der Zweimonatsfrist wirksam sein muss. Problematisch erscheint auch die Vorschrift, dass Ehepaare, die gemeinsam von einem Diplomaten als Hausangestellte beschäftigt werden, nicht zum Wechsel des Arbeitgebers berechtigt sind (Art. 12 Abs. 2 PHV). Dieses Verbot wie auch die kurze Frist für die Stellensuche könnte Hausangestellte dazu verleiten, in einer Ausbeutungssituation auszuharren, um nicht aus der Schweiz ausreisen zu müssen.

Der gewichtigere inhaltliche Schwachpunkt liegt nach der hier vertretenen Auffassung allerdings im Umgang der PHV mit den in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausangestellten. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,

verfügen diese in der Praxis je etwa hälftig über einen Arbeitsvertrag mit dem Entsendestaat und den Missionschefinnen oder Missionschefs⁶³¹. Zu beanstanden ist meines Erachtens zunächst, dass die PHV nicht auf die in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausangestellten anwendbar ist, soweit sie vom Entsendestaat beschäftigt werden (Art. 2 Abs. 2 PHV). Selbst wenn vom Entsendestaat beschäftigte Angestellte nicht als private Hausangestellte im Sinn von Art. 1 lit. h WÜD gelten, folgt daraus nicht zwingend, dass der Anwendungsbereich der PHV nicht weiter gefasst und ihr nicht auch diese Hausangestellten unterstellt werden können. Abgesehen vom vorangehenden Kritikpunkt sollte die Verordnung über die privaten Hausangestellten aber nach der hier vertretenen Auffassung noch einen Schritt weiter gehen und vorschreiben, dass das gesamte in der Residenz der Missionschefinnen tätige Hauspersonal privatrechtlich vom Entsendestaat angestellt werden muss. Dadurch würde sich sein Rechtsschutz entscheidend verbessern, weil es im Gastland zivilrechtlich gegen den Entsendestaat vorgehen könnte⁶³². Eine solche Vorgabe steht zwar in einem gewissen Spannungsverhältnis zum völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz, dass Staaten selber darüber entscheiden können, wen sie anstellen, sollte aber aufgrund der erheblichen Verbesserung des Rechtsschutzes dennoch unbedingt als Ausgleichsansatz zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten eingesetzt werden.

Schliesslich ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass die PHV keine Möglichkeit vorsieht, Ausbeutungsoptionen eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen, damit sie im Gaststaat an einem allfälligen Zivil- oder Strafverfahren gegen Diplomaten teilnehmen können. Auch dadurch liesse sich ihr Rechtsschutz verbessern. Dies wäre vor allem von Bedeutung, wenn ihnen ein Prozess im Entsendestaat nicht zuzumuten ist. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung in der PHV ist letztlich allerdings nicht sehr folgenreich, weil in der Schweiz das Ausländerrecht entsprechende Möglichkeiten vorsieht⁶³³.

c) Vorschriften gegen Ausbeutung dienstlicher Hausangestellter?

Theoretisch lassen sich grundsätzlich die meisten in der PHV zum Schutz privater Hausangestellter enthaltenen Massnahmen auch auf dienstliches Hauspersonal anwenden⁶³⁴. Zu bedenken ist allerdings, dass private Hausangestellte auf-

⁶³¹ Siehe S. 243.

⁶³² Für weiterführende Erläuterungen zu dieser Möglichkeit siehe S. 272 f. und 243 f.

⁶³³ Insb. Art. 30 Abs. 1 lit. b und d AuG. Es besteht jedoch kein Anspruch auf eine entsprechende Bewilligungserteilung. Siehe zum Ganzen eingehender S. 244, Fn. 619.

⁶³⁴ Zur Vereinbarkeit der Reglementierung der Arbeitsbedingungen des dienstlichen Hauspersonals mit dem Völkerrecht siehe S. 244 f. und 272 f.

grund ihres abgeschotteten Wohn- und Arbeitsplatzes im Privathaushalt von Diplomaten stärker ausbeutungsgefährdet sind als dienstliches Hauspersonal. Denn selbst an sehr kleinen Missionen sind meist noch eine oder zwei weitere Beschäftigte anwesend und wohnen die Hausangestellten in der Regel auch nicht in der Mission. Hinzu kommt, dass dienstliches Hauspersonal bezüglich des Rechtsschutzes bessergestellt ist. Es hat im Gastland meistens immerhin die Möglichkeit, ein Zivilurteil gegen den Entsendestaat zu erwirken, während private Hausangestellte wegen der diplomatischen Immunität ihres Arbeitgebers im Gaststaat praktisch keinen effektiven Rechtsschutz geniessen. Aus diesen Gründen erweisen sich besondere Vorschriften zum Schutz dienstlicher Hausangestellter insgesamt als weniger dringlich, jedenfalls in Gaststaaten, die einen hinreichenden Arbeitnehmerschutz aufweisen und soweit dienstliches Hauspersonal diesem Recht untersteht. Weil – wie etwa die Rechtsprechung des Genfer Arbeitsgerichts (Tribunal des prud’hommes) zeigt – arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit dienstlichen Hausangestellten ausländischer Missionen aber dennoch keine Seltenheit darstellen, wären (gewisse) präventive Massnahmen zugunsten dienstlicher Hausangestellter durchaus nützlich und erwünscht.

Für einen Gaststaat wie die Schweiz mit einem guten Arbeitnehmerschutz könnten prekäre Arbeitsverhältnisse an ausländischen Missionen wirksam ausgeschlossen werden, indem Arbeitsverhältnisse zwischen ausländischen Missionen und dienstlichen Hausangestellten konsequent Schweizer Arbeitsrecht unterstellt würden, das heisst im Unterschied zu heute eine Rechtswahl der Parteien ausgeschlossen würde. Entgegenwirken liesse sich der Ausbeutung von dienstlichem Hauspersonal etwa auch durch die Einführung eines Mindestlohns. Darüber hinaus erscheint vor allem die gezielte Information der Entsendestaaten über ihre Verpflichtungen als Arbeitgeber wichtig.

2. Gesetzgebung gegen Ausbeutung: Allgemeine Bemerkungen

Wie soeben erläutert wurde, sind Vorschriften zur Prävention von Ausbeutung bei den privaten Hausangestellten von Diplomaten wegen dem praktisch fehlenden Rechtsschutz und ihrer Isolation besonders dringlich. Entsprechende – etwas weniger weitgehende und an ihre Situation angepasste – Vorgaben erweisen sich aber auch zum Schutz der dienstlichen Hausangestellten als nützlich, obschon diese insgesamt weniger ausbeutungsgefährdet sind und im Gastland einen gewissen Rechtsschutz geniessen.

Die beste Präventivwirkung erreichen Vorschriften, wenn sie nicht nur die Arbeitsbedingungen regeln, sondern darüber hinaus auch die anwendbaren ausländerrechtlichen Bestimmungen (Gewährung des Aufenthaltsrechts) den Aspekt der Ausbeutungsprävention berücksichtigen und das Abhängigkeitsver-

hältnis von einem spezifischen Arbeitgeber möglichst minimiert wird. Im Einzelnen lässt sich aus der Analyse der Schweizer Verordnung über private Hausangestellte der allgemeine Schluss ziehen, dass eine Gesetzgebung gegen die Ausbeutung von Hausangestellten auf verschiedenen Ebenen ansetzen kann und soll.

Zunächst können Vorgaben zu den Personen, welche als Hausangestellte arbeiten dürfen, erlassen werden (z.B. Mindestalter, Sprachkenntnisse, Vorrang von bereits im Gaststaat befindlichen Personen) oder ihre Zahl beschränkt werden (Maximalzahl pro Haushalt). Auf einer zweiten Ebene ist namentlich in Gaststaaten mit einem guten Arbeitnehmerschutz zu erwägen, die Wahl eines anderen Rechts auf die Arbeitsverhältnisse mit Hausangestellten auszuschliessen. Auf einer dritten Ebene dienen Formvorschriften, etwa den Arbeitsvertrag betreffend (z.B. Schriftlichkeit, zu regelnder Inhalt) oder der Voraussetzungen für das Ausstellen der Legitimationskarte und/oder der Einreisebewilligung (unterzeichneter Arbeitsvertrag) der Prävention von Ausbeutung. Viertens können Vorschriften über die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen, insbesondere die finanziellen Verpflichtungen des Arbeitgebers (Mindestlohn, weitere Leistungen, Versicherungen etc.), die Arbeitszeiten (maximale Stundenzahl, Ruhezeiten, Pausen, Feiertage), sowie die Anforderungen an die Unterkunft, Verpflegung und Behandlung der Angestellten (Fürsorgepflichten), erlassen werden. Fünftens ist von Bedeutung, dass die Diplomaten und die Entsendeländer über ihre Verpflichtungen als Arbeitgeber und die Angestellten über ihre Rechte sowie mögliche Anlaufstellen bei Problemen informiert werden. Dabei erscheint wichtig, dass sowohl bezüglich problematischer Diplomaten und/oder Entsendestaaten als auch für Hausangestellte Gelegenheiten für persönliche Gespräche geschaffen werden (z.B. Möglichkeit, Diplomaten anlässlich des Ausstellens der Legitimationskarte zum persönlichen Erscheinen aufzufordern). Es ist unabdingbar, dass das Gespräch zwischen dem Aussendepartement und der Hausangestellten ohne Begleitung des Diplomaten oder eines Vertreters stattfindet, damit sie frei über allfällige Probleme sprechen kann. Sechstens kann präventiv dafür gesorgt werden, dass Diplomaten, die ihren Pflichten als Arbeitgeber nicht nachkommen, möglichst wenig Hausangestellte beschäftigen (Bewilligungspflicht für mehr als eine Bedienstete, Bewilligungserteilung an bestimmte Kriterien knüpfen: keine vorgängigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten). Siebtens können die Vorgaben darauf abzielen, das (ausgeprägte) Abhängigkeitsverhältnis insbesondere privater Hausangestellter gegenüber den Diplomatinen und Diplomaten so weit als machbar zu mildern, etwa indem der Arbeitgeberwechsel gestattet wird, die Aufenthaltserlaubnis nicht an die Beschäftigung bei einem Arbeitgeber geknüpft ist und den Bediensteten auch ohne Beschäftigung (etwa nach einer Kündigung) eine angemessene Frist Zeit zur Suche einer neuen Stelle zugestanden wird. Schliesslich

können auf einer achten Ebene Normen erlassen werden, welche den Rechtsschutz ausgebeuteter Hausangestellter verbessern (Aufenthaltsbewilligung während der Dauer eines allfälligen Prozesses; Erfordernis, dass in der Residenz der Missionschefs tätige Hausangestellte durch den Entsendestaat beschäftigt werden).

3. Internationale Vorschriften gegen Ausbeutung von Hauspersonal

Eine Alternative beziehungsweise Anlass zum Erlass nationaler Vorschriften gegen die Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Diplomaten (und Missionen) stellen entsprechende internationale Normen dar. Ein spezifisches Abkommen zum Schutz des Hauspersonals von Diplomaten und Missionen besteht jedoch nicht. 2011 wurde aber im Rahmen der ILO die Konvention über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte verabschiedet⁶³⁵. Sie ist grundsätzlich auch auf private Hausangestellte von Diplomaten und weiterem Missionspersonal anwendbar. Das Abkommen verlangt namentlich von den Vertragsparteien, Hausangestellte in verschiedenen Bereichen mit den übrigen Arbeitnehmenden gleichzustellen (Arbeitszeiten, Überzeitentschädigung, Ruhezeiten, Ferien, Mindestlöhne, Sozialversicherung, Art. 10, 11 und 14). Zudem verpflichtet es diese unter anderem dazu, Massnahmen zu ergreifen, um den effektiven Menschenrechtsschutz von Hausangestellten (Art. 3), deren Schutz vor jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Belästigung (Art. 5), faire, menschenwürdige Anstellungsbedingungen und ein sicheres Arbeitsumfeld sicherzustellen sowie die Privatsphäre von Bediensteten zu schützen, die beim Arbeitgeber wohnen (Art. 6, Art. 13). Weiter sind die Vertragsstaaten gehalten, Vorkehren zu treffen, damit Hausangestellte vorab (mündlich oder vorzugsweise schriftlich) über die wesentlichen Arbeitsbedingungen informiert werden (Art. 4) der zu verrichtenden Arbeit, Entlohnung und ihre Berechnung, Arbeitszeiten, bezahlte Ferien, tägliche sowie wöchentliche Ruhezeiten etc., Art. 7). Im Ausland rekrutiertem Personal ist eine schriftliche Offerte beziehungsweise ein schriftlicher Vertrag zu unterbreiten (Art. 8). Darüber hinaus müssen die Vertragsparteien Massnahmen treffen, damit Hausangestellte frei mit dem (potentiellen) Arbeitgeber vereinbaren können, ob sie in dessen Haushalt wohnen, dass sie über ihre Identitätskarte und Reisedokumente verfügen und sofern sie im Haushalt des Arbeitgebers wohnen, den Arbeitsplatz in ihrer Frei- und Ruhezeit verlassen können (Art. 9). Ferner sieht das Abkommen unter anderem eine minimale, ununterbrochene wöchentliche Ruhezeit von 24 Stunden (Art. 10), die Auszahlung des Lohns mindestens einmal monatlich (Art. 12) und einen effektiven Zugang zu den Gerichten vor (Art. 16)

⁶³⁵ Sie ist am 5.9.2013 in Kraft getreten.

sowie die Verpflichtung, gut zugängliche und effektive Beschwerdemöglichkeiten für die Hausangestellten zu schaffen (Art. 17).

Angesichts der weltweit äusserst prekären Arbeitsbedingungen und des in vielen Ländern praktisch rechtlosen Zustands von Hausbediensteten stellt die ILO-Hausangestelltenkonvention einen Meilenstein dar. Zwar enthält sie verschiedene konkrete Vorgaben, wie etwa ein Mindestalter für Hausbedienstete, eine minimale wöchentliche Ruhezeit, der Vorgabe einer schriftlichen Arbeitsofferte beziehungsweise eines Vertrags für im Ausland angeworbene Angestellte oder die Verpflichtung, die Hausangestellten (mangels anderer Absprache) monatlich in bar zu bezahlen. Insgesamt erscheint das Abkommen indes nicht sehr griffig, da es den Vertragsparteien einen grossen Spielraum bei der Umsetzung belässt («shall take measures to ensure») und viele Vorgaben sehr allgemein formuliert sind, wie beispielsweise die Verpflichtung, Massnahmen zu ergreifen, damit Hausangestellte faire und menschenwürdige Arbeitsbedingungen, Schutz vor Ausbeutung, Gewalt und Belästigung sowie ein sicheres Arbeitsumfeld geniessen⁶³⁶.

Inwieweit die Ratifizierung der ILO-Hausangestelltenkonvention ein wirksames Mittel ist, um – hier interessierend – der Ausbeutung von Hausbediensteten ausländischer Diplomaten vorzubeugen, lässt sich kaum abstrakt beurteilen. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b des Abkommens bestimmte Kategorien von Hausangestellten ganz von seinem Geltungsbereich ausgeschlossen werden können. Es ist daher stets zu prüfen, ob es überhaupt auf dieses Hauspersonal anwendbar ist. Wie weit das Abkommen effektiv zum Schutz der Hausbediensteten von Diplomaten beiträgt, hängt letztlich aber vor allem von seiner Umsetzung in den einzelnen Vertragsländern ab. Entscheidend ist folglich, ob die Parteien gewillt sind, es konsequent und mit griffigen Massnahmen umzusetzen. Da die Konvention in bestimmten Bereichen eine Gleichbehandlung der Hausangestellten mit den übrigen Arbeitnehmenden verlangt, wirkt sich ferner auch der generelle Standard des Arbeitnehmerschutzes im betroffenen Land auf das Schutzniveau für Hausangestellte ausländischer Diplomatinen und weiteren Missionsangestellten aus.

4. Weitere präventive Massnahmen gegen Ausbeutung

Neben gesetzgeberischen Massnahmen zum Schutz von Hausangestellten kommen als weitere Vorkehren zur Ausbeutungsprävention etwa Informationskam-

⁶³⁶ Die ILO hat versucht, das Manko der Unbestimmtheit mit Empfehlungen zur Umsetzung der Konvention etwas auszugleichen; siehe die in Anschluss an die Konvention angenommene Hausangestellten-Empfehlung Nr. 201.

pagnen gegenüber ausländischen Diplomaten und Missionen, die Aufklärung der Hausangestellten über ihre Rechte und mögliche Vorgehensweisen im Missachtungsfall sowie die Schaffung niederschwelliger Beratungsangebote für (potentielle) Opfer sowie weitere tatsächliche Hilfeleistungen (z.B. Vermittlung von Notunterkünften etc.) in Betracht. Auch ein gegenüber einer fehlbaren Diplomatin als Reaktion auf die Schlechtbehandlung einer privaten Hausangestellten ausgesprochenes Verbot (während einer gewissen Zeit) erneut eine Person in dieser Funktion zu beschäftigen, dient der Verhinderung von Ausbeutung.

IV. Zusammenfassendes Fazit: Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen

Der erste Ansatz zur Erzielung des erforderlichen Ausgleichs zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten besteht in der Pflicht der Gerichtsstaaten zum Ergreifen alternativer Massnahmen. Das heisst, die Gaststaaten müssen bei einer Ausbeutung des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten alternative (völkerrechtskonforme) Vorkehren zum Schutz der (potentiellen) Ausbeutungsoffer treffen, wenn sie die menschenrechtlich an sich von ihnen geforderten (positiven) Massnahmen infolge der Einhaltung des diplomatischen Rechts und der Immunitäten nicht ergreifen dürfen. Andernfalls begehen sie grundsätzlich eine Menschenrechtsverletzung.

Als alternative Massnahmen kommen alle politischen, diplomatischen, rechtlichen oder administrativen Vorkehren in Betracht, die nicht im Widerspruch zum diplomatischen Recht, den Immunitäten sowie dem übrigen Völkerrecht stehen. Reaktive Massnahmen zielen darauf ab, das durch die Ausbeutung zutage getretene Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten im Nachhinein zu minimieren. Angestrebt wird die möglichst weitgehende Annäherung an den Zustand, der vorherrschen würde, wenn Hausangestellte über den üblichen Rechtsschutz verfügen würden. Präventive Massnahmen bezwecken dagegen, eine Ausbeutung des Hauspersonals zu verhindern, sodass sich das Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten insoweit nicht realisiert.

Dem Gaststaat stehen hauptsächlich folgende *reaktive Massnahmen* zur Verfügung: Das Nachsuchen eines Immunitätsverzichts beim Entsendestaat, die Erklärung fehlbarer Diplomaten zur *persona non grata*, anderweitige politische und diplomatische Demarchen – solche können von Gesprächen mit dem Entsendestaat zur Lösungsfindung im Einzelfall (z.B. Verhandeln einer Entschädigung), über ein temporäres Verbot für einen fehlbaren Diplomaten Hausan-

gestellte zu beschäftigen, bis hin zu Retorsionen wie zum Beispiel das Aufkündigen eines Zusammenarbeitsvertrags reichen –, die Schaffung freiwilliger Schlichtungsstellen oder die Entschädigung der Hausangestellten. Zudem kann der Gaststaat Vorschriften zur Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter erlassen (z.B. Aufenthaltsrecht während eines Verfahrens; Pflicht, dass in der Residenz der Missionschefs tätiges Hauspersonal vom Entsendestaat beschäftigt wird).

Als *präventive Massnahmen* stehen punktuelle oder umfassende Vorschriften gegen die Ausbeutung des Hauspersonals im Vordergrund. Dazu zählen vorab die Regelung der Anstellungs- und Arbeitsbedingungen (Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Versicherungen, Unterkunft und Verpflegung etc.) sowie ein Rechtswahlausschluss. In Betracht kommen weiter etwa Vorgaben zur Person der Hausangestellten (z.B. zu Sprachkenntnissen und Mindestalter) und Vorschriften bezüglich Form und Inhalt des Arbeitsvertrags, das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrags als Voraussetzung für die Aufenthaltserlaubnis des Hauspersonals, die Pflicht, dass Hausbedienstete und Diplomaten beim Aussenministerium zwecks Information über ihre Rechte und Pflichten vorsprechen oder die Zulässigkeit eines Arbeitgeberwechsels. Darüber hinaus bieten sich als Präventivmassnahme vor allem Informationskampagnen für Hausangestellte, ausländische Diplomatinen und Missionen sowie tatsächliche Hilfeleistungen für die Opfer an (z.B. Vermittlung von Notunterkünften).

Zu beachten ist schliesslich, dass gewisse Kompensationsmassnahmen auch auf internationaler Ebene ergriffen werden können. Zu denken ist etwa an eine internationale Schlichtungsstelle oder einen internationalen Entschädigungsfonds. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die ILO-Hausangestelltenkonvention. Ob und inwieweit sie einen wirksamen Beitrag gegen die Ausbeutung von privaten Hausangestellten ausländischer Diplomatinen und weiterem Missionspersonal leistet, hängt entscheidend von der konkreten Umsetzung im jeweiligen Vertragsstaat ab.

Der beste Effekt in Hinblick auf den Ausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz lässt sich durch die Kombination von präventiven und (verschiedenen) reaktiven Massnahmen erreichen. Welche Alternativmassnahmen der Gaststaat im Einzelnen treffen muss, damit er seine Menschenrechtsverpflichtungen erfüllt, hängt von verschiedenen Faktoren wie namentlich der Möglichkeit für das ausgebeutete Hauspersonal, im Entsendestaat zumutbaren Rechtsschutz zu erhalten, von den betroffenen Menschenrechten und der Schwere des Eingriffs ab. Dieser Aspekt wird in § 26 erörtert.

Der Nutzen der diskutierten Massnahmen für das Hauspersonal ist unterschiedlich. Präventive Vorschriften können je nach Inhalt und Detaillierungsgrad die Wahrscheinlichkeit einer Ausbeutung erheblich senken. Kommt es den-

noch dazu, sind die möglichen reaktiven Massnahmen wie folgt zu bewerten: Den grössten Nutzen – sofern es sich beim Gastland um einen Rechtsstaat handelt – ziehen Hausangestellte aus einem Immunitätsverzicht des Entsendestaats. Die diesbezügliche Zurückhaltung der Staaten ist bedauerlich und widerspricht auch dem Sinn und Zweck des Immunitätsrechts, sofern die fehlbaren Personen und der Entsendestaat dort nicht in einem rechtsstaatlichen Verfahren zur Verantwortung gezogen werden können und die Immunität folglich zur Umgehung der Verantwortung missbraucht wird. Am wenigsten bringen ausgebeuteten Hausangestellten die Erklärung fehlbarer Diplomaten zur *persona non grata* oder Retorsionsmassnahmen des Gaststaats gegenüber dem Entsendeland. Sie vermögen ihnen aufgrund des sanktionierenden Charakters allenfalls eine gewisse moralische Genugtuung verschaffen, ersetzen aber die strafrechtliche Verantwortlichkeit der fehlbaren Personen nicht und helfen den Geschädigten auch nicht bei der Durchsetzung finanzieller Ansprüche. Aus diplomatischen Demarchen des Gastlands beim Entsendestaat und aus einer Schlichtung erwächst Ausbeutungsopfern vor allem ein konkreter Nutzen, wenn sie eine ihren rechtlichen Ansprüchen entsprechende oder mindestens eine akzeptable Entschädigung erhalten. Schwachpunkt von Verhandlungen durch das Aussendepartement wie auch von (nationalen und internationalen) Schlichtungsmechanismen ist, dass ein Erfolg von der Kooperationsbereitschaft des Entsendelands und/oder der Diplomaten abhängt, welche oft nicht gross ist. Die einzige reaktive Massnahme, die den Hausangestellten auch bei fehlender Kooperation nützt, ist folglich die Entschädigung durch den Gaststaat oder die internationale Gemeinschaft.

Aus Sicht des Gastlands erscheint vor allem die Gesetzgebung zur Verhinderung der Ausbeutung privater und dienstlicher Hausangestellter als attraktives Instrument zum Interessenausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz. Dadurch lässt sich ihre Rechtslage unter Umständen signifikant verbessern und die (rechtsstaatlich) unbefriedigende Situation verhindern, dass auf dem eigenen Territorium ausgebeutete Personen weitgehend rechtsschutzlos bleiben. Zugleich nimmt damit auch die Zahl der erforderlichen und mitunter politisch heiklen Interventionen gegenüber ausländischen Diplomaten und Staaten ab. Gerade in Gaststaaten wie der Schweiz mit sehr vielen ausländischen Missionen kann ein (ständiger) Schlichtungsmechanismus eine hilfreiche Ausgleichsmassnahme darstellen. Da auch Schlichtungsverfahren nur in der Minderzahl der Streitfälle zu einer Lösung führen, wird ein Gaststaat, der willens ist, sich für Ausbeutungsoffer einzusetzen, dennoch nicht auf diplomatische Demarchen beim Entsendestaat verzichten können. Aus finanziellen Erwägungen werden viele Gaststaaten eine Entschädigungspflicht gegenüber den ausgebeuteten Hausangestellten skeptisch beurteilen. Allerdings ist zu beden-

ken, dass bei einer Beschränkung der Entschädigungspflicht auf menschenrechtlich relevante Formen der Ausbeutung von einer gewissen Schwere die Zahl der betroffenen Fälle überschaubar bleibt. Auch handelt es sich um den einzigen Ausgleichsmechanismus, der die Rechtsschutzlücke für Hausangestellte selbst ohne Kooperation des Entsendelands ein Stück weit kompensieren kann. Daher ist diese Option jedenfalls bei schwer ausgebeuteten Hausangestellten, die auch im Entsendestaat keinen zumutbaren Rechtsschutz erhalten können, ernsthaft zu erwägen. In der Schweiz ist sie bereits Realität, da Hausangestellte ausländischer Missionen und Diplomaten bei schweren Eingriffen in die physische und psychische Integrität Opferhilfe beanspruchen können.

Menschenrechtskonforme Auslegung als zweiter Ausgleichsansatz

I. Einleitung zur menschenrechtskonformen Auslegung der Immunitäten und anderer Völkerrechtsnormen

Ein zweiter Ansatz zum Interessenausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz neben der Pflicht, alternative Massnahmen zu ergreifen, besteht in der menschenrechtskonformen, das meint meist restriktiven Auslegung der Immunitäten und anderer völkerrechtlicher Vorschriften, die in einem Spannungsverhältnis zu den Menschenrechten stehen. Dabei handelt es sich ebenfalls um einen Anwendungsfall der koordinierenden Auslegung von Völkerrecht⁶³⁷. Bei diesem Ausgleichsansatz sind Interpretationsspielräume zugunsten einer möglichst menschenrechtskonformen Auslegung von Völkergewohnheits- und Vertragsrecht zu nutzen, wenn nicht auszureizen. Längerfristig wird es meines Erachtens aber auch darum gehen müssen, mittels einer Fortentwicklung der Rechtsprechung punktuelle Rechtsänderungen vorzunehmen. Die Grenzen zwischen einer präzisierenden (völkerrechtskonformen) Auslegung und einer Rechtsänderung sind teils fließend. Ob und in welchem Mass Letzteres stattfinden wird, hängt im Wesentlichen von der Akzeptanz der (übrigen) völkerrechtsrelevanten Akteure gegenüber rechtsändernden Impulsen einzelner nationaler und internationaler Gerichte, gerichtsähnlicher Instanzen sowie von Regierungen und Verwaltungsstellen ab.

§ 23 will anhand ausgewählter Beispiele das Bewusstsein für die restriktive Auslegung als Instrument des Ausgleichs zwischen dem Menschenrechtsschutz einerseits und dem diplomatischen Recht und dem Staatenimmunitätsrecht andererseits im Zusammenhang mit der Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten schärfen. Eine abschliessende Darstellung aller Völkerrechtsnormen, deren restriktive Auslegung ihren Rechtsschutz verbessern könnte, ist nicht beabsichtigt.

⁶³⁷ Vgl. Art. 33 Abs. 3 lit. c VRK sowie S. 223.

II. Restriktive Auslegung der Immunitäten und des Prinzips der Unverletzlichkeit

1. Enge Auslegung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität

Im Kontext der Ausbeutung von dienstlichem und privatem Hauspersonal durch ausländische Diplomaten erweist sich eine enge Auslegung der Immunitäten nach der hier vertretenen Auffassung vor allem bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität als erstrebenswert. Faktisch ist beispielsweise das Bundesgericht diesen Weg gegangen, indem es im Rahmen der völkergewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität Arbeitsverhältnisse des Entsendelands mit Angestellten, die nicht unmittelbar diplomatische Aufgaben erfüllen – das heisst administrative und technische Angestellte sowie dienstliches Hauspersonal – konsequent und grosszügig dem nicht hoheitlichen Handlungsbereich zuordnet⁶³⁸, sodass der Entsendestaat insoweit keine Gerichtsbarkeitsimmunität im Gastland beanspruchen kann.

Die Praxis zum UNCSI ist sich erst am Bilden. Möglichkeiten und Bedarf für eine menschenrechtskonforme Auslegung bieten sich auch bei Art. 11 UNCSI betreffend die Gerichtsbarkeitsimmunität bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten. Das gilt vor allem für den zweiten Absatz, der die Ausnahmen vom Grundsatz regelt, dass der Entsendestaat in solchen Streitigkeiten keine Immunität genießt (Abs. 1)⁶³⁹. Eine menschenrechtskonforme Auslegung, die den Rechtsschutz dienstlicher Hausangestellter bestmöglich gewährleistet, bedeutet Folgendes: Bei der Ausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. a UNCSI ist der Kreis der Personen, die «eingestellt worden [sind], um bestimmte Aufgaben in Ausübung von Hoheitsgewalt zu erfüllen» eng zu verstehen und nicht auf Angestellte unterer Chargen wie namentlich das dienstliche Hauspersonal zu erstrecken. Ebenso wenig ist bei Art. 11 Abs. 2 lit. b/iv UNCSI die Wendung «eine andere Person, die diplomatische Immunität genießt» auf dienstliches Hauspersonal und (auch nicht generell auf administrative und technische Angestellte) zu beziehen. Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI sollte in Übereinstimmung mit der Kommentierung der Völkerrechtskommission nicht auf Verfahren über die (Wieder-)Anstellung oder die Weiterbeschäftigung angewandt werden, soweit lediglich eine finanzielle Entschädigung in Frage steht. Darüber hinaus kann sich bei dieser Vorschrift die Anwendung des Beweisrechts entscheidend auf den Rechtsschutz der dienstlichen Hausangestellten auswirken. Nach Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI steht dem Entsendeland Immunität zu, wenn die Entlassung oder die Beendi-

⁶³⁸ Zur Rechtsprechung des BGer siehe § 7.

⁶³⁹ Für eine detaillierte Analyse des Gehalts von Art. 11 UNCSI siehe S. 70 ff.

gung des Arbeitsverhältnisses einer natürlichen Person Gegenstand des Verfahrens ist und dieses nach Feststellung des Staats- oder Regierungschefs oder der Aussenministerin des Arbeitgeberstaats den Sicherheitsinteressen dieses Staats zuwiderliefe. Wegen der Missbrauchsanfälligkeit dieser Vorschrift sollten die Gerichte des Gastlands ihre Anwendung davon abhängig machen, dass der Entsendestaat plausibel begründet, inwiefern eine Streitigkeit mit einer dienstlichen Hausangestellten (und weiterem untergeordneten Personal) geeignet sein soll, seinen Sicherheitsinteressen entgegenzulaufen. Die pauschale Behauptung, dass dem so sei, ist als nicht ausreichend zu erachten⁶⁴⁰. Bei Art. 11 Abs. 2 lit. e UNCSI ist der Begriff des ständigen Wohnsitzes im Gastland grosszügig zu interpretieren. Und schliesslich sollte bei Art. 11 Abs. 2 lit. f UNCSI mit Blick auf die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeberstaat und den Arbeitnehmenden der strukturell schwachen und ausbeutungsgefährdeten Position von Angestellten namentlich der untersten Chargen beim Entscheid über die Vereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des Gaststaats angemessen Rechnung getragen werden.

2. Enge Auslegung der staatlichen Vollstreckungsimmunität und der diplomatischen Immunität?

Einer einschränkenden Interpretation sind theoretisch auch die staatliche Vollstreckungsimmunität sowie die diplomatische Immunität und andere Grundsätze des diplomatischen Rechts wie die Unverletzlichkeit der Mission und ihrer Einrichtungen, ihres Eigentums und ihrer Korrespondenz oder die Unverletzlichkeit von Diplomatinen und ihrer Privatwohnung, ihres Eigentums und ihrer Korrespondenz zugänglich. Mit Blick auf die unterschiedlichen Funktionen der staatlichen Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität sowie der diplomatischen Immunität drängt sich hier meines Erachtens jedoch eine differenzierte Betrachtung der Rolle der einschränkenden Auslegung auf.

Stärkste Argumente für die Staatenimmunität, die diplomatische Immunität und das Prinzip der Unverletzlichkeit sind vor allem ihre Bedeutung für die Stabilität der internationalen Beziehungen. Die Souveränität wird zwar unvermindert zur Begründung der Immunität angerufen. Aufgrund des mittlerweile modifizierten und in der Sache stark abgeschwächten Souveränitätsbegriffs hat dieses Begründungselement indes deutlich an Gewicht und Überzeugungskraft verlo-

⁶⁴⁰ Der EGMR stellt sich überzeugend auf den Standpunkt, dass etwa die alleinige Behauptung des Entsendestaats, eine Botschaftsangestellte habe Zugang zu bestimmten Dokumenten oder Kenntnis über vertrauliche Telefongespräche für die Anwendung der Immunitätsausnahme nach Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI nicht ausreicht: *Cudak v. Lithuania* (GC), 15869/02 (2010), Ziff. 72.

ren⁶⁴¹. Für die Möglichkeit und vor allem Wünschbarkeit einer einschränkenden Auslegung bedeutet das nach der hier vertretenen Auffassung hauptsächlich, dass sich die betreffende Immunität oder der entsprechende Aspekt des diplomatischen Rechts umso weniger für eine enge Auslegung eignet, je stärker die Sicherung der Aufgabenerfüllung als Funktion im Vordergrund steht und/oder je grösser das Friktionspotential für die internationalen Beziehungen im Fall der Abkehr von der Immunität oder weiterer Grundsätze des diplomatischen Rechts ist. Stehen hingegen nicht diese beiden Funktionen, sondern Souveränitätsüberlegungen im Vordergrund, ist eine restriktive Interpretation möglich.

In diesem Licht betrachtet, erscheint eine weitere Einschränkung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität nicht nur denkbar, sondern auch wünschenswert, überwiegen hier doch Souveränitätsüberlegungen, während das von einem Gerichtsurteil ausgehende Konfliktpotential vergleichsweise klein ist. Dass die Abkehr von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität nicht unweigerlich zu unlösbaren Problemen in den zwischenstaatlichen Beziehungen führen muss, bezeugt nicht nur ihre kontinuierliche Beschränkung auf nicht hoheitliche Handlungen in den letzten Jahrzehnten, sondern auch die mittlerweile anerkannte punktuelle Abkehr von der Gerichtsbarkeitsimmunität selbst für hoheitliches Handeln⁶⁴². Als weiterer Beleg lässt sich gerade auch bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die bundesgerichtliche Rechtsprechung anführen, wonach die Gerichtsbarkeitsimmunität zusehends auf Angestellte mit diplomatischen Funktionen eingegrenzt wurde. Auch dies ohne merkbare Probleme für die zwischenstaatlichen Beziehungen.

Im Unterschied zu Gerichtsurteilen bergen Vollstreckungsmassnahmen ein ungleich höheres Konfliktpotential. Ausnahmen vom Verbot, gegen den Willen eines anderen Staats Zwangsmassnahmen gegen staatlichen Zwecken dienendes Staatseigentum vorzunehmen, erscheinen daher grundsätzlich problematisch. Bei der Vollstreckungsimmunität kann aber allenfalls eine strengere Handhabung der Beweisregeln als bisher gegenüber ausländischen Missionen zum Ausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz beitragen⁶⁴³.

Auch bei der diplomatischen Immunität steht als Begründung vor allem die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung im Vordergrund. Sie verträgt daher während der Dienstzeit der Diplomatinen und Diplomaten im Gaststaat (Immunität *ratione personae*) kaum Ausnahmen⁶⁴⁴, wenn diese ihre Aufgaben effektiv und

⁶⁴¹ Dazu S. 32 f. und 221 f.

⁶⁴² Gebietsbezogene Deliktsausnahme, dazu z.B. S. 86 ff.

⁶⁴³ Dazu mehr auf S. 268 ff.

⁶⁴⁴ Dagegen ist bei der diplomatischen Immunität *ratione materiae* eine Ausnahme für schwerste Menschenrechtsverletzungen (Völkerrechtsverbrechen und Verstösse gegen *ius cogens*) anzustreben (vgl. S. 284 ff.).

ohne Angst vor Missbrauch wahrnehmen können sollen⁶⁴⁵. Das trifft selbst für die Gerichtsbarkeitsimmunität zu, weil sich laufende Verfahren und Urteile gegen einzelne Diplomatinen sehr negativ auf ihre Aufgabenerfüllung im Gastland auswirken können, was bei Verfahren gegen einen Staat nicht der Fall ist. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Unverletzlichkeit von Diplomatinen und Diplomaten und ihrer Residenz sowie die Unverletzlichkeit der Mission, ihrer Einrichtungen, ihres Eigentums und ihrer Korrespondenz, wenn die diplomatische Aufgabenerfüllung nicht gefährdet und Missbrauch nicht Tür und Tor geöffnet werden soll. Völkerrechtlich unbestritten ist die Zulässigkeit von Zwangsgewalt gegen ausländische Diplomatinen, um diese an der Ausübung einer Straftat zu hindern⁶⁴⁶. Ob der Gaststaat in Extremsituationen mit Zwangsgewalt in eine ausländische Mission eindringen darf, um (schwere) und nicht anders abwendbare Gefährdungen für Leib und Leben abzuwenden, ist hingegen umstritten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies ganz ausnahmsweise zu bejahen⁶⁴⁷. Diese Ausnahmen vom Verbot der Zwangsgewalt gegen Diplomaten und ausländische Missionen (und sinngemäss die Residenz von Diplomaten) ist gegebenenfalls und mit der gebotenen Zurückhaltung auch bei der Ausbeutung von privaten und dienstlichen Hausangestellten anzuwenden. Beispielsweise als letztes Mittel, wenn glaubhafte Hinweise dafür bestehen, dass Bedienstete unmittelbar an ihrem Leben bedroht sind (schwere Misshandlung, Folter etc.) und die Erlaubnis zur Intervention vom Entsendestaat nicht oder nicht innert nützlicher Frist erhältlich ist.

Auch wenn nach der hier vertretenen Auffassung eine restriktive Auslegung der diplomatischen Immunität und der Unverletzlichkeiten nicht oder nur sehr begrenzt in Frage kommt, heisst das nicht, dass deswegen die Möglichkeiten erschöpft wären, um den Rechtsschutz von Privaten in Verfahren betreffend ausländische Missionen und Diplomaten zu verbessern. Namentlich die Handhabung der beweisrechtlichen Komponente des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts ist diesbezüglich zentral⁶⁴⁸. Von grosser Bedeutung ist

⁶⁴⁵ Das schliesst nicht jegliche Einschränkung der diplomatischen Immunität *ratione personae* oder der weiteren Vorrechte aus. Bspw. sind m.E. im Bereich der Missachtung der Verkehrsregeln durchaus gewisse Zwangsmassnahmen denkbar. Es ist nur schwer nachvollziehbar, inwiefern die Aufgabenerfüllung durch das Abschleppen falsch parkierter Autos (ernsthaft) gefährdet sein soll. Ebenso sollten auch Parkbussen etc. zugestellt werden dürfen oder unverbesserlichen Verkehrssündern das Ausstellen diplomatischer Nummernschilder verweigert werden. Können die Betroffenen doch notfalls Taxis benutzen. Diese Beispiele einer möglichen restriktiven Anwendung des diplomatischen Rechts sind jedoch im hier interessierenden Zusammenhang irrelevant.

⁶⁴⁶ Siehe S. 127.

⁶⁴⁷ Dazu mehr auf S. 128 ff.

⁶⁴⁸ Dazu gleich anschliessend S. 265 ff.

überdies, dass das Prinzip *ne impediatur legatio* allgemein zurückhaltend und differenziert ausgelegt wird.

3. Fazit: Menschenrechtskonforme Auslegung der Immunitäten und des diplomatischen Rechts

Zusammenfassend bietet sich bei der Ausbeutung von Hausangestellten die restriktive Interpretation vor allem in Hinblick auf die Gerichtsbarkeitsimmunität der Staaten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (Gewohnheitsrecht und Art. 11 Abs. 2 UNCSI) als Ausgleichsansatz an und kann zur Verbesserung des Rechtsschutzes dienstlicher Hausangestellter beitragen. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission, der Diplomaten sowie ihrer Residenz erträgt abgesehen von Extremsituationen, in denen es um die Verhinderung von schweren und unmittelbaren Gefährdungen von Leib und Leben geht, prinzipiell keine Einschränkungen. Insoweit ist die Unverletzlichkeit der Mission und der Residenz der Diplomatinen aber etwas enger auszulegen als gemeinhin unbestritten ist, sodass ausnahmsweise in Extremsituationen als *ultima ratio* auch Interventionen des Gaststaats in der Residenz oder der Mission abgedeckt sind, wenn klare Hinweise darauf bestehen, dass dort eine dienstliche oder private Hausangestellte unmittelbar und schwer an Leib oder Leben gefährdet ist. Darüber hinaus ist jedoch von Ausnahmen vom Prinzip der Unverletzlichkeit abzusehen, weil dies die Erfüllung der diplomatischen Aufgaben und die Stabilität der zwischenstaatlichen Beziehungen gefährden würde. Wenig geeignet erscheint die einschränkende Auslegung der staatlichen Vollstreckungsimmunität wegen des hohen Konfliktpotentials sowie der diplomatischen Immunität *ratione personae* wegen ihrer essentiellen Bedeutung für die Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben. Schliesslich kann zum besseren Menschenrechtsschutz beitragen, wenn der Grundsatz des *ne impediatur legatio* realitätsbezogen ausgelegt wird.

III. Beweisrechtliche Aspekte der restriktiven Auslegung des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität

1. Beweisprobleme des Hauspersonals aufgrund des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität

Hausbedienstete, die finanzielle Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber geltend machen, haben die Tatsachen, aus denen sie diese ableiten in der Regel zu beweisen und tragen insoweit die Folgen der Beweislosigkeit. Selbst wenn sie im

Gastland gegen den Entsendestaat oder die fehlbaren Diplomaten prozessieren können – sei es, dass dieser keine Gerichtsbarkeitsimmunität genießt, sei es, dass er auf die diplomatische Immunität verzichtet hat – hängt die Durchsetzung ihrer Forderungen im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren folglich massgeblich vom Beweisrecht ab.

Grundsätzlich gelten auch für Verfahren gegen Diplomatinen und ausländische Staaten die allgemeinen innerstaatlichen Beweisregeln. Allerdings setzen das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht gewisse Grenzen, so dass sich Hausbedienstete mit besonderen beweisrechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert sehen. Art. 24 UNCSI stellt in diesem Zusammenhang unter anderem klar, dass es unzulässig ist, ausländische Staaten zu büssen, weil sie in Prozessen Informationen nicht offenlegen oder bestimmte Dokumente nicht beibringen, die Berücksichtigung der Nichtmitwirkung gemäss den allgemeinen im Gerichtsstaat geltenden Beweisregeln aber nicht als unzulässige Bestrafung zu werten und folglich zulässig ist⁶⁴⁹. Das diplomatische Recht, das bei Verfahren betreffend ausländische Missionen und Diplomaten (allenfalls zusätzlich) zu beachten ist⁶⁵⁰, verstärkt den Schutz der Entsendeländer. Das WÜD äussert sich zwar nicht direkt zur Beweiswürdigung. Beweisrechtliche Schwierigkeiten resultieren für ausgebeutetes Hauspersonal in Verfahren gegen den Entsendestaat – sofern dieser nicht kooperiert – vor allem aus dem Prinzip des *ne impediatur legatio*, der Befreiung eines Grossteils der Angestellten ausländischer Missionen und namentlich der Diplomaten von der Pflicht zur Zeugenaussage, sowie aus dem Prinzip der Unverletzlichkeit der Mission ihrer Einrichtungen und Dokumente, das die Beweiserhebung in der Mission oder eine Verpflichtung des ausländischen Staats zur Herausgabe von Dokumenten grundsätzlich ausschliesst. In einem Verfahren gegen eine Diplomatin können insbesondere die Unverletzlichkeit der Residenz und der Dokumente sowie das Zeugnisverweigerungsrecht der Familienangehörigen die Beweiserbringung erschweren. Ob die aus dem Völkerrecht abgeleiteten beweisrechtlichen Schranken für Verfahren betreffend ausländische Missionen und gegen Diplomaten grosszügig oder eng ausgelegt werden, wirkt sich – neben der Ausgestaltung der innerstaatlichen Be-

⁶⁴⁹ Art. 24 Abs. 1 UNCSI lautet: «Wenn es ein Staat unterlässt oder ablehnt, eine Anordnung eines Gerichts eines anderen Staats zu befolgen, die ihm auferlegt, für Verfahrenszwecke eine bestimmte Handlung auszuführen oder zu unterlassen bzw. bestimmte Unterlagen beizubringen oder sonstige Informationen offenzulegen, dann hat dies keine anderen Folgen als die, welche ein solches Verhalten in Bezug auf die Hauptsache nach sich ziehen kann. Insbesondere werden wegen einer solchen Nichtbefolgung oder Weigerung keine Geldbussen oder sonstigen Strafen gegen den Staat verhängt.» Siehe dazu auch ILC, Entwurf Staatenimmunität, Kommentierung, Art. 22, Ziff. 1–4.

⁶⁵⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 UNCSI.

weisregeln – mitunter entscheidend auf den Rechtsschutz des Hauspersonals aus. Das soll an zwei Beispielen dargestellt werden.

2. Beweisrecht im Erkenntnisverfahren: Missbräuchliche Kündigung

Verklagt eine ehemalige Bedienstete einer ausländischen Mission den Entsendestaat wegen missbräuchlicher Kündigung, ergibt sich in beweisrechtlicher Hinsicht Folgendes: Da die Arbeitnehmenden aus der Missbräuchlichkeit einer Kündigung Ansprüche ableiten, sind sie – jedenfalls nach Schweizer Recht – dafür grundsätzlich beweispflichtig. Ohne Kenntnis des arbeitgeberischen Standpunkts lässt sich die Missbräuchlichkeit jedoch kaum beurteilen. Die Praxis reagiert auf besondere Beweisprobleme in bestimmten Sachlagen grundsätzlich mit einer Herabsetzung des Beweismasses. Für die Missbräuchlichkeit einer Kündigung beispielsweise gilt nach Schweizer Recht nicht der Regelbeweis, sondern das verminderte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit⁶⁵¹. Zudem genügt es, wenn die Arbeitnehmerin den Beweis durch Indizien erbringt, die auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung schliessen lassen. Gleiches gilt zum Beispiel auch bei einer Mobbingklage⁶⁵². Das tiefere Beweismass erhöht für die Arbeitgeberin das Risiko des Unterliegens und damit den Druck, den Gegenbeweis zu erbringen. In der Praxis besteht zudem die Tendenz, in schwierigen Beweislagen die (fehlende) Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen⁶⁵³. Bei einer Beweiswürdigung nach diesen Grundsätzen dürfte eine ausgebeutete dienstliche Hausangestellte, die ihren Standpunkt glaubhaft vorträgt, durchaus Chancen auf die gerichtliche Anerkennung ihrer Forderung haben, selbst wenn der Entsendestaat nicht kooperiert und beispielsweise die zuständigen Diplomaten nicht aussagen lässt.

Aus völkerrechtlicher Sicht besteht jedoch zumindest ein gewisses Spannungsverhältnis zum diplomatischen Recht (insb. Unverletzlichkeit, Entbindung von der Pflicht zur Zeugenaussage, *ne impediatur legatio*), wenn der Staat infolge des herabgesetzten Beweismasses faktisch zur Mitwirkung gezwungen wird, beziehungsweise sein Unterliegen sehr wahrscheinlich wird, wenn er von seinen Rechten zur Nichtmitwirkung Gebrauch macht. Dies ist jedoch hinzuneh-

⁶⁵¹ Dazu insb. CHRISTIAN LEU, Art. 157, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Kommentar, insb. Rz. 57 und DERS., Art. 154, Rz. 108, vgl. etwa auch BGer 4A_414/2013 vom 28.10.2013, E. 4.2.

⁶⁵² Siehe z.B. BGE 130 III 699, E. 4.1; BGer 4A_245/2009 vom 6.4.2010, E. 4.3.3; PORTMANN, Art. 328, Rz. 19b zum Mobbing.

⁶⁵³ Vgl. LEU, Art. 154, Rz. 108.

men, da andernfalls die Rechtsposition der Gegenpartei zu sehr geschwächt würde⁶⁵⁴.

3. Beweisrecht im Vollstreckungsverfahren: Botschaftskonten

Die Vollstreckungschancen der Gläubigerinnen ausländischer Staaten stehen im Gerichtsstaat mangels vorhandener Vermögenswerte insgesamt schlecht. Eine Ausnahme bildet regelmässig die diplomatische Mission, weshalb eine Vollstreckung in ihre Vermögenswerte besonders attraktiv wäre. Sie ist aber nur zulässig, wenn der Entsendestaat auf die Immunität verzichtet oder die Vermögenswerte, namentlich Bankkonten, nicht hoheitlichen Zwecken dienen. Der Beweis dafür obliegt dem Gläubiger⁶⁵⁵. Die herrschende Praxis und Lehre erachten es als nicht mit dem diplomatischen Recht und der Vollstreckungsimmunität vereinbar, vom Entsendestaat mehr als eine pauschale Bestätigung über die (hoheitliche) Zweckbestimmung eines Botschaftskontos zu verlangen⁶⁵⁶. Selbst wenn das Konto entgegen seiner Behauptung nicht hoheitlichen Zwecken dienen sollte und damit gemäss dem Prinzip der beschränkten Immunität nicht schutzwürdig ist, wird den Gläubigerinnen mangels Zugang zu den massgeblichen Dokumenten (insb. Bankauszüge) der Beweis der nicht hoheitlichen Zweckverwendung nicht gelingen. Abhilfe könnte nur eine andere Beweislastverteilung bringen. Das UNCSI verfestigt die schwierige Beweislage für die Gläubiger ausländischer Staaten, indem es für Vermögen (einschliesslich Bankkonten) ausländischer Missionen die Vermutung einer hoheitlichen Zweckerfüllung aufstellt (Art. 21 Abs. 1 lit. a).

Am herrschenden Ansatz übt bisweilen nicht nur die Lehre Kritik⁶⁵⁷, auch die Praxis weicht vereinzelt davon ab. Ryngaert verweist auf ein Urteil des Cour d'Appel von Brüssel von 2010, in welchem dieses – in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung – ausländischen Staaten bei der Feststellung der Zweckverwendung eines Botschaftskontos eine partielle Mitwirkungspflicht auferlegt hat und die pauschale Behauptung der Verwendung für hoheitlich Zwecke *in*

⁶⁵⁴ Zur Notwendigkeit eines verstärkten Ausgleichs zwischen den Interessen des Entsendestaats und der Gegenpartei siehe S. 269 ff.

⁶⁵⁵ FOX/WEBB, State Immunity, S. 506.

⁶⁵⁶ Als Leiturteil gilt BVerfGE 46, 342 (399 f.); in Anlehnung daran ebenso z.B. die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt vom 4.10.2010, in BJM 2011, S. 91–97, insb. E. 4d und 5 f. Zur Gerichtspraxis in anderen Ländern siehe REINISCH, European Court Practice, S. 827 ff. und zur Praxis des BGer siehe die Hinweise auf S. 269, Fn. 660 f.

⁶⁵⁷ Siehe jüngst RYNGAERT, Embassy Bank Accounts, S. 73 ff.

casu als unzureichend erachtete, mit der Folge, dass es die Pfändung des Bankkontos zuliess⁶⁵⁸. Das Gericht erwog, dass die demokratische Republik Kongo

«soutient que ce compte technique est nécessaire à l'exercice de la puissance publique dans la mesure où il est affecté au fonctionnement du Consulat Général [...], et que dès lors il est couvert par l'immunité d'exécution. Comme [Kongo] n'est pas en mesure de démontrer que cette affirmation est exacte alors que [der Gläubiger] se trouve dans l'impossibilité de démontrer le contraire (l'affectation à des fins privées de ce compte) et comme [Kongo] ne dépose aucune pièce et ne fournit aucune explication convaincante à ce sujet, il y a lieu d'admettre que pour le montant créditant ce compte, [Kongo] ne peut pas se prévaloir d'une immunité d'exécution»⁶⁵⁹.

Das Bundesgericht schützt Bankkonten anderer Länder grundsätzlich nur gegen Vollstreckungsmassnahmen, wenn sie erkennbar für konkrete hoheitliche Zwecke ausgeschieden worden sind⁶⁶⁰, wobei es zumindest punktuell auch für Konten ausländischer Missionen eher strenge Anforderungen an die Mitwirkung des Kontoinhabers im Beweisverfahren gestellt hat⁶⁶¹. Die aktuelle Haltung des Bundesgerichts zu den Mitwirkungspflichten ausländischer Missionen im Vollstreckungsverfahren bleibt – soweit ersichtlich – mangels neuerer Urteile unklar⁶⁶².

4. Würdigung der aktuellen Rechtslage

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich ausgebeutete Hausangestellte, die gegen ausländische Missionen oder Diplomaten prozessieren, wegen der Staatenimmunität und dem diplomatischen Recht mit besonderen beweisrechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert sehen. In bestimmten Sachlagen haben sie nur eine reelle Aussicht, berechtigte Ansprüche im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren durchzusetzen, wenn nicht nur die innerstaatlichen Beweisregeln diesen Schwierigkeiten angemessen Rechnung tragen, sondern vor allem auch die be-

⁶⁵⁸ RYNGAERT, Embassy Bank Accounts, S. 78 f., insb. Fn. 27 und 36.

⁶⁵⁹ Brussels Court of Appeal, Mabibi-Ma-Kibebi v. Democratic Republic of the Congo, 2008/AR/2441 (26.4.2010), ILDC 1623 (BE 2010), Ziff. 40.

⁶⁶⁰ BGE 134 III 122, insb. E. 5.2.3; BGer 5A_92/2008 vom 25.6.2008, E. 3.1.

⁶⁶¹ Siehe den sachverhaltlich speziell gelagerten Fall BGE 108 II 207, E. 3 (privater Konsul). Eher dem herrschenden Ansatz entspricht BGer vom 31.7.1990, in SZIER 1991, S. 546 ff., 547, wobei jedoch Art und Inhalt der von der ständigen Mission eingereichten Unterlagen nicht klar aus dem Urteil hervorgeht (engl. Übersetzung in 102 ILR 205).

⁶⁶² Nicht eindeutig bezüglich der Botschaftskonten: BGE 134 III 122, insb. E. 5.2.3.

weisrechtlich relevanten Vorschriften des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts entsprechend (eng) interpretiert werden. Betroffen sind insbesondere das Prinzip *ne impediatur legatio* und der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Mission und ihrer Dokumente, die Ausnahme von der Pflicht zur Zeugenaussage und die staatliche Vollstreckungsimmunität. Wie das Beispiel der Vollstreckung in Botschaftskonten zeigt, steht dies jedoch im Widerspruch zur geltenden Rechtslage. Obschon die beweisbelastete Gläubigerin den Beweis über die nicht hoheitliche Verwendung eines Botschaftskontos ohne die Mithilfe der betroffenen diplomatischen Mission nicht erbringen kann, gilt es gemäss der herrschenden Praxis und Literatur als völkerrechtswidrig von dieser mehr als eine Pauschalbestätigung über den Verwendungszweck einzufordern.

Die gegenwärtige Rechtslage trägt den menschenrechtlichen Interessen und vorab dem Recht der Gegenpartei auf Zugang zu einem Gericht nicht angemessen Rechnung. Daher ist nach der hier vertretenen Auffassung die restriktive Interpretation der beweisrechtlich relevanten Normen des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts inskünftig vermehrt als Instrument zum Interessenausgleich zwischen der diplomatischen Immunität und der Staatenimmunität einerseits und dem Menschenrechtsschutz andererseits einzusetzen. Dabei handelt es sich um eine heikle Gratwanderung zwischen dem Schutz der Interessen des Entsendestaats und der Gegenpartei, die ein Gericht situativ vorzunehmen hat. Die Sicherheitsbelange des Entsendelands, der Schutz vor ungerechtfertigter Einmischung in seine internen Angelegenheiten und die ungestörte Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben stellen wichtige und schützenswerte Anliegen dar. Eine restriktive(re) Interpretation der beweisrechtsrelevanten Vorschriften des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts kann daher nicht bedeuten, dass die Gerichte des Gastlands gegenüber ausländischen Missionen die gleichen Beweissmassnahmen anordnen können wie gegenüber anderen Parteien. Ebenso wenig kann es meines Erachtens aufgrund der menschenrechtlichen Implikationen des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität weiterhin angehen, dass ausländische Missionen praktisch vollständig von der Mitwirkung bei der Beweiserhebung befreit sind, beziehungsweise diese auf nicht weiter zu erhärtende Pauschalbehauptungen beschränkt wird. Das gilt namentlich für den Beweis von Tatsachen, der – wie die Zweckverwendung eines Botschaftskontos – sinnvollerweise nur vom Entsendestaat erbracht werden kann.

Es ist meines Erachtens daher zu begrüßen, wenn einzelne Gerichte eine differenzierte Betrachtung der Mitwirkungspflichten ausländischer Missionen im Beweisverfahren vornehmen. Zumutbar – weil den staatlichen Sicherheitsinteressen angemessen Rechnung tragend – erscheint grundsätzlich, dass vom Entsendeland insbesondere bezüglich der Zweckbestimmung eines Botschaftskontos mehr als eine bloss pauschale Behauptung des hoheitlichen Zwecks ein-

gefordert wird. Entscheidend ist, dass ihm dabei ein Spielraum verbleibt, welche (und wie viele) Belege es vorweist oder welche Aussagen es macht, sodass es auf jeden Fall möglich sein sollte, den hoheitlichen Charakter eines Kontos plausibel darzulegen ohne sicherheitsrelevante Informationen Preis geben zu müssen. Unter Umständen kann es auch ausreichen, dass der Entsendestaat nachvollziehbar begründet, weshalb er wegen Sicherheitsbedenken keine Belege vorweisen kann. In jedem Fall muss er die Wahl haben, auf das Vorlegen von Dokumenten zu verzichten und damit das Risiko des Unterliegens in Kauf zu nehmen. Anders formuliert, bleibt das Erzwingen der Mitwirkung und insbesondere der Vorlage von Beweismitteln ausgeschlossen, die Mitwirkungspflichten ausländischer Staaten sind jedoch punktuell zu erweitern und im Fall ihrer Nichterfüllung dürfen daraus bei Urteilsfindung Schlüsse zu deren Ungunsten gezogen werden.

Im Ergebnis bedeutet die hier geforderte restriktivere Auslegung der beweisrechtsrelevanten Vorschriften des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts, dass dem Entsendestaat unter Umständen die Gerichtsbarkeits- oder die Vollstreckungsimmunität zu verweigern ist, wenn er nicht angemessen am Beweisverfahren mitwirkt. Das gilt bei der Gerichtsbarkeitsimmunität, wenn er beispielsweise nicht nachvollziehbar dartut, inwiefern eine arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einer dienstlichen Hausangestellten seine Sicherheitsinteressen berührt (Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI) oder in Hinblick auf die Vollstreckungsimmunität, wenn er die hoheitliche Zweckverwendung eines Botschaftskontos nicht plausibel begründet. Wird die Immunität dennoch gewährt, ist aus menschenrechtlicher Sicht ein unverhältnismässiger Eingriff in das Recht auf Zugang zu einem Gericht durch den Gaststaat zu bejahen. Gleiches tritt ein, wenn ein Hausangestellter in der Sache unterliegt, ohne dass allfälligen, durch das diplomatische Recht oder die Staatenimmunität bedingten besonderen Beweisschwierigkeiten angemessen Rechnung getragen worden ist. Umgekehrt ist eine Verletzung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts durch den Gaststaat zu verneinen, wenn er Vorschriften dieser Rechtsbereiche eng auslegt und eine angemessene Mitwirkung vom Entsendeland bei der Beweiserhebung einfordert ohne dessen Sicherheitsinteressen und die Aufgabenerfüllung ernsthaft zu kompromittieren.

IV. Menschenrechtskonforme Auslegung weiterer Völkerrechtsnormen

1. Enge Auslegung der Organisationshoheit des Entsendestaats bezüglich des Hauspersonals der Missionschefin

Es ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass Staaten frei über ihre interne Organisation und namentlich über ihr Personal bestimmen können⁶⁶³. Dieses Prinzip reflektiert auch Art. 11 Abs. 2 lit. c UNCSI. Danach steht ausländischen Staaten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Gaststaat Immunität zu, soweit Gegenstand des Verfahrens die Einstellung, Wiedereinstellung oder Weiterbeschäftigung einer Person ist. Dadurch soll die freie Personalwahl sichergestellt werden. Keine Immunität wird dagegen gewährt, wenn auf eine finanzielle Entschädigung etwa für eine rechtswidrige Kündigung geklagt wird, weil diesfalls die Organisationsfreiheit nicht berührt ist.

Der Gaststaat kann den Rechtsschutz der in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausbediensteten entscheidend verbessern, indem er vorschreibt, dass sie vom Entsendeland (anstatt vom Missionschef) privatrechtlich angestellt werden müssen⁶⁶⁴. Dadurch erhalten sie die Möglichkeit, den Entsendestaat zu verklagen, welcher in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Regel keine Gerichtsbarkeitsimmunität genießt. Erfahrungsgemäss setzen Entsendestaaten trotz ihrer weitreichenden Vollstreckungsimmunität gegen sie ergangene Urteile meist freiwillig um. Im Unterschied dazu verfügt das Hauspersonal mit einem Arbeitsvertrag mit der Missionschefin im Gastland über keinen Rechtsschutz. Denn ihre diplomatische Immunität verhindert jedenfalls während der Dienstzeit sowohl ein Zivil- als auch ein Strafverfahren.

Die Vorgabe des Gastlands, dass das in der Residenz ausländischer Missionschefs tätige Hauspersonal vom Entsendestaat (privatrechtlich) zu beschäftigen ist, steht in einem (gewissen) Spannungsverhältnis zur Organisationshoheit des Entsendestaats. Die restriktive Interpretation dieses Grundsatzes ist meines Erachtens aber aus folgenden Gründen geboten: Eine entsprechende Vorschrift führt nicht dazu, dass die Entsendestaaten gezwungen werden, jemanden einzustellen, der nicht ohnehin beschäftigt würde. Der Eingriff in die Organisationshoheit betrifft lediglich die Frage, wer den Arbeitsvertrag mit dem Hausangestellten abschliesst – Missionschef oder Entsendestaat – und ist folglich minim. Er ist überdies auch in der Sache gerechtfertigt, weil diese Angestellten die Missionschefin meist bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Aufgaben (Arbeitsessen,

⁶⁶³ FOX/WEBB, State Immunity, S. 435.

⁶⁶⁴ Dazu auch S. 243 f. und 250 f.

Empfänge in der Residenz) unterstützen und insofern auch für den Entsendestaat arbeiten. Das erklärt zugleich, weshalb es weitverbreitet ist, dass die Entsendeländer als Arbeitgeber der in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausbediensteten auftreten. Schliesslich behindert eine solche Vorgabe die Mission nicht bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben (*ne impediatur legatio*) und steht auch nicht im Widerspruch zu spezifischen Vorschriften des WÜD. Hinzu kommt, dass die Vorgabe nur sehr untergeordnete Angestellte (Hausdienst) betrifft, was bedeutend weniger schwer wiegt, als wenn der Entsendestaat zum Abschluss von Arbeitsverträgen mit Entscheidungsträgern verpflichtet würde. Weil eine minime einschränkende Auslegung der staatlichen Organisationshoheit⁶⁶⁵ den Rechtsschutz der in der Residenz der Missionschefs tätigen Hausangestellten entscheidend verbessert, drängt sie sich als einfache, aber ausgesprochen effiziente Ausgleichsmassnahme zwischen den Menschenrechten und den völkerrechtlichen Immunitäten auf.

Erfolgt die Ausbeutung der privaten Hausangestellten im Zusammenhang mit einem Anlass, den die Missionschefin nicht als Privatperson durchführt (z.B. ein Arbeitsessen), so ist es nach der hier vertretenen Auffassung sachgerecht, dass die Ausbeutung dem Entsendestaat zugerechnet wird und eine Zivilklage der privaten Hausangestellten gegen diesen zugelassen wird⁶⁶⁶. Dass der Entsendestaat formell nicht Arbeitgeber der Hausangestellten ist, ändert daran nichts.

2. Hinweis auf die Bedeutung einer weiten Interpretation bestimmter Normen

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass in bestimmten Konstellationen die menschenrechtskonforme Auslegung auch in einer weiten Interpretation des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts bestehen kann. Das gilt etwa für die Anforderungen, die – namentlich in Hinblick auf die Vollstreckung in Botschaftskonten – an die Spezifikation eines Verzichts auf die Vollstreckungsimmunität gestellt werden⁶⁶⁷. Je grosszügiger der Anwendungsbereich einer Verzichtserklärung interpretiert wird, desto besser stehen die Chancen der Gläubigerinnen ausländischer Staaten auf eine Vollstreckung im Gastland.

⁶⁶⁵ Das Prinzip der staatlichen Organisationshoheit (des Entsendestaats) gilt für Arbeitsverhältnisse an Botschaften ohnehin nicht ausnahmslos und erfährt namentlich für Angestellte, welche die Staatsangehörigkeit des Gaststaats besitzen oder dort ihren ständigen Wohnsitz haben sowie für das nicht versetzbare Personal gewisse Ausnahmen; dazu KRAEGE, Sonderregelungen, Rz. 5.66 f.

⁶⁶⁶ Dazu S. 117.

⁶⁶⁷ Siehe dazu RYNGAERT, *Embassy Bank Accounts*, S. 84 ff. m.H. auf die Praxis.

V. Zusammenfassendes Fazit: Menschenrechtskonforme Auslegung als Ausgleichsansatz

Die koordinierende Auslegung ist ein wichtiges und anerkanntes Instrument, um Normen unterschiedlicher Völkerrechtsbereiche aufeinander abzustimmen und dadurch ihre gleichzeitige Anwendung zu ermöglichen. Sie wird auch im Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten in Form der immunitätsrechtskonformen Auslegung der Menschenrechte in der internationalen und nationalen Praxis rege praktiziert. Zu Unrecht vernachlässigt wurde dagegen bisher die koordinierende Vertragsauslegung in umgekehrter Richtung, das heisst die menschenrechtskonforme Interpretation des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts. Sie kann als *ein* Ausgleichsansatz zum Abbau von Spannungen zwischen diesen Normkomplexen beitragen, indem Interpretationsspielräume im diplomatischen Recht und im Staatenimmunitätsrecht zugunsten einer menschenrechtskonform(er)en Auslegung genutzt werden. Längerfristig wird es nach der hier vertretenen Auffassung auch darum gehen müssen, mit einer menschenrechtskonformeren Auslegung gewisse Änderungen des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität zu bewirken. Die Grenzen zwischen einer koordinierenden und einer rechtsändernden Auslegung sind fließend. Inwiefern Änderungen stattfinden werden, hängt vor allem von den Reaktionen der völkerrechtsrelevanten Akteure auf rechtsändernde Impulse einzelner Gerichte und Behörden ab.

Bei der menschenrechtskonformen Auslegung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts ist eine diffizile Gratwanderung zwischen den berechtigten und schützenswerten Interessen der Entsendestaaten und den Menschenrechtsanliegen von Individuen vorzunehmen. Reflexartigen Beschwörungen, dass die enge Auslegung des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität die Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben unweigerlich gefährdet, ist kritisch zu begegnen. Ebenso wenig wie die heute praktizierte – und im Ergebnis auf einen pauschalen Vorrang der Immunitäten hinauslaufende – immunitätsrechtskonforme Auslegung der Menschenrechte überzeugt, kann die Lösung umgekehrt in einer einseitig menschenrechtskonformen Auslegung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts liegen. Menschenrechtsanliegen haben zurückzustehen, soweit die enge Interpretation des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität die Aufgabenerfüllung und die Sicherheit ausländischer Missionen sowie die Stabilität der internationalen Beziehungen tatsächlich gefährdet. Die besondere Herausforderung für den Ausgleich zwischen dem diplomatischen Recht und der Staatenimmunität einerseits und den Menschenrechten andererseits besteht darin, dass er für unterschiedlichste Rechtskon-

texte – vom Willkürstaat bis zum Rechtsstaat – zu treffen ist. Die gewählte Lösung darf daher auch in Ländern mit einer verpolitisierten Justiz nicht zu anfällig für missbräuchliche Einmischungen des Gaststaats in die Aufgabenerfüllung ausländischer Missionen sein. Diesen Bedenken trägt meines Erachtens nur eine differenzierte Anwendung der menschenrechtskonformen Auslegung Rechnung.

Vor diesem Hintergrund ist die restriktive Interpretation des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts bei der Ausbeutung von Hauspersonal ausländischer Vertretungen und Diplomaten nach der hier vertretenen Auffassung wie folgt als Ausgleichsansatz einzusetzen: Geeignet und wünschbar erscheint sie vor allem in Bezug auf die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität für Streitigkeiten mit dem dienstlichen Hauspersonal gemäss Völkergewohnheitsrecht und nach Art. 11 Abs. 2 UNCSI. Erstrebenswert scheint ferner, dass den durch das diplomatische Recht und die Staatenimmunität verursachten beweisrechtlichen Schwierigkeiten der Hausbediensteten in Verfahren gegen ausländische Missionen (d.h. den Entsendestaat) und Diplomaten stärker Rechnung getragen wird. Zu diesem Zweck sind die beweisrechtsrelevanten Normen des diplomatischen Rechts (insb. Unverletzlichkeiten, *ne impediatur legatio*, Entbindung von der Pflicht zur Zeugenaussage) und des Staatenimmunitätsrechts eng auszulegen. Namentlich wenn nur der Entsendestaat bestimmte Beweise beibringen kann, ist er nicht generell von der Mitwirkung am Beweisverfahren zu entbinden beziehungsweise seine Mitwirkungspflicht nicht auf pauschale Behauptungen (z.B. bezüglich der Betroffenheit von Sicherheitsanliegen im Sinn von Art. 11 Abs. 2 lit. d UNCSI) zu beschränken. Welches Mass an Mitwirkung dabei – ohne Gefährdung des Betriebs und der Sicherheitsinteressen ausländischer Missionen – erwartet werden kann, ist situativ zu entscheiden. Ausgehend von einer restriktiven Interpretation der staatlichen Organisationshoheit sollte der Gaststaat zudem vorschreiben, dass das in der Residenz der Missionschefinnen tätige Hauspersonal vom Entsendeland selber (privatrechtlich) anzustellen ist. Das verbessert dessen Rechtsschutz markant.

Als ungeeignet erweist sich nach der hier vertretenen Auffassung dagegen die enge Auslegung der staatlichen Vollstreckungsimmunität. Das von solchen Zwangsmassnahmen ausgehende Konfliktpotential ist zu gross. Gleiches gilt für die diplomatische Immunität *ratione personae*, wegen ihrer unerlässlichen Funktion für die ungestörte Erfüllung der diplomatischen Aufgaben. Eine restriktivere Auslegung der Unverletzlichkeit der Person, der Residenz der Diplomatin und der Mission kommt – wegen des grossen Missbrauchspotentials – nur in engem Rahmen in Betracht für Situationen einer schwerwiegenden und unmittelbaren Bedrohung für das Leben oder die körperliche Integrität von dienstlichen und privaten Hausangestellten.

Vorrang der Menschenrechte als dritter Ausgleichsansatz

Die Einräumung eines (punktuellen) Vorrangs der Menschenrechte stellt *de lege ferenda* einen dritten möglichen Ansatz dar, um einen Ausgleich zwischen den Menschenrechten und der Staatenimmunität sowie weiteren völkerrechtlichen Immunitäten herbeizuführen. Ein solcher Vorrang hat sich bisher einzig punktuell bei der Immunität höchster Staatsvertreter von der Strafverfolgung und für Staatsangestellte bei der Staatenimmunität von der Strafverfolgung durchgesetzt: Ehemalige Staatsoberhäupter (und andere höchste Staatsvertreterinnen) sowie gewöhnliche Staatsangestellte genießen keine Immunität *ratione materiae* von der Strafverfolgung für schwerste Menschenrechtsverletzungen (insb. Völkerrechtsverbrechen)⁶⁶⁸. Selbst wenn ein weitergehender (punktuellder) Vorrang der Menschenrechte nicht dem geltenden Recht entspricht, sind entsprechende Entwicklungen denkbar und wahrscheinlich. Die Literatur diskutiert seit Jahren intensiv und kontrovers über weitere Immunitätsausnahmen nicht nur für Völkerrechtsverbrechen, sondern generell für zwingende Menschenrechte, und auch in der Rechtsprechung sind dahingehende Ansätze auszumachen. Wie die restriktive Auslegung der Immunitäten, führt letztlich auch eine Immunitätsausnahme für schwerste Menschenrechtsverletzungen zu einer (wenn auch weitergehenden und anders begründeten) Einschränkung des Geltungsbereichs der Immunitäten.

Gravierende Formen der Ausbeutung von Hausangestellten durch Diplomtinnen können schlimmstenfalls gegen zwingende Menschenrechte⁶⁶⁹, vorab das Verbot der Folter oder der Sklaverei verstossen⁶⁷⁰. Anlass genug, die Frage aufzuwerfen, ob und inwieweit – soweit hier interessierend – eine Änderung der geltenden Rechtslage erstrebenswert ist und wie sie dogmatisch zu begründen wäre. Bei der Ausbeutung von Bediensteten ausländischer Missionen und Diplomaten könnten Ausnahmen für schwerste Menschenrechtsverletzungen vor

⁶⁶⁸ Dazu S. 283 f.

⁶⁶⁹ Welche Normen im Einzelnen zum *ius cogens* gehören, ist in weiten Teilen umstritten. Nach Auffassung der Völkerrechtskommission gehören dazu unbestritten folgende Vorschriften: Das Aggressionsverbot, das Genozidverbot, das Sklavereiverbot, das Verbot der Rassendiskriminierung, das Folterverbot, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und das Recht auf Selbstbestimmung; ILC, Entwurf Staatenverantwortlichkeit, Kommentierung, Art. 26, Ziff. 5 m.H.; vgl. auch BGE 133 II 450, E. 7.3.

⁶⁷⁰ Zur Zurechenbarkeit solcher Handlungen zum Entsendestaat siehe ausführlich S. 37 ff. und 107 ff.

allem in folgenden Konstellationen relevant werden: Zum einen in Bezug auf die Staatenimmunität in Zivilverfahren, welche dienstliche Hausangestellte gegen den Entsendestaat anstrengen (staatliche Gerichtsbarkeits- und Vollstreckungsimmunität) und zum andern hinsichtlich der diplomatischen Immunität *ratione personae* und *materiae* bei Zivil- und Strafverfahren gegen die verantwortlichen Diplomaten im Gastland während und nach Beendigung ihres Diensts (im Gaststaat).

I. Keine Staatenimmunität bei *Ius-cogens*-Verstößen?

Bei Zivilverfahren gegen Staaten vor ausländischen Gerichten steht eine Ausnahme von der Staatenimmunität für Völkerrechtsverbrechen und Verstöße gegen zwingende Menschenrechte im Zentrum der Diskussion. Der Internationale Gerichtshof hat derartigen Bestrebungen jedenfalls soweit (im Gerichtsstaat begangene) militärische Aktivitäten betreffend, im Verfahren Deutschland gegen Italien jüngst eine deutliche Absage erteilt⁶⁷¹. Eine Immunitätsausnahme für Völkerrechtsverbrechen und zwingende Menschenrechte ist bisher weder gewohnheitsrechtlich anerkannt noch vertraglich vorgesehen. Bei der Ausarbeitung des UNCIS wurde die Thematik mangels Konsens zwischen den Staaten bewusst ausgeklammert, um ein Scheitern des Kodifikationsprojekts zu verhindern⁶⁷². Beilegt ist die Kontroverse deswegen freilich nicht⁶⁷³.

Meines Erachtens ist *de lege ferenda* folgende Lösung anzustreben: Bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte (und bei Völkerrechtsverbrechen) ist eine Ausnahme von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität vorzusehen, soweit Einzeltaten (z.B. Folter in Polizeigewahrsam) und nicht systematische Menschenrechtsverletzungen mit Tausenden von Opfern in Frage stehen. Das Interesse der Opfer an einer gerichtlichen Beurteilung überwiegt das Interesse

⁶⁷¹ Siehe zu diesem Urteil S. 169 ff.

⁶⁷² HAFNER, Übereinkommen, S. 394 m.H.

⁶⁷³ Mehrere Länder haben Erklärungen zum Verhältnis des Abkommens zu den Menschenrechten abgegeben. Italien geht davon aus, dass «the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations». Schweden erklärte «its understanding that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights.» Vgl. auch die auslegende Erklärung der Schweiz zu Art. 12 UNCIS, wonach dieser «nicht die Frage der Klage auf eine Entschädigung in Geld für schwere Menschenrechtsverletzungen [regelt], die vorgeblich einem Staat zuzurechnen sind und ausserhalb des Gerichtsstaats begangen wurden. Folglich greift dieses Übereinkommen der Weiterentwicklung des Völkerrechts in diesem Bereich nicht vor».

des ausländischen Staats an der Immunität. Ausserhalb eines systematischen Kontexts begangene Taten eignen sich zudem grundsätzlich gut für eine Beurteilung durch (nationale) Gerichte. Handelt es sich hingegen um systematische Menschenrechtsverletzungen mit einer unüberschaubaren Zahl von Opfern, namentlich während kriegerischer Auseinandersetzungen, hat das individuelle Interesse der Opfer an einer gerichtlichen Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen aufgrund der eminent politischen Dimension derartiger Verbrechen dem kollektiven Interesse an einer abschliessenden, politischen Lösung (Friedensvertrag, Pauschalentschädigung des betroffenen Staats) zu weichen⁶⁷⁴, wobei es unter Umständen sinnvoller sein kann, Kompensationszahlungen in Infrastrukturprojekte, Schulen oder die Gesundheitsversorgung zu investieren, sodass die gesamte – mehr oder minder geschädigte – Bevölkerung profitiert, als einzelne Opfer zu entschädigen. Forderungen von Hunderttausenden oder mehr Opfern können den verantwortlichen Staat an den Rand des Bankrotts treiben und stellen eine Gefährdung für die zwischenstaatlichen Beziehungen und den Frieden dar. Auch kann daraus eine zu grosse wirtschaftliche Bürde für die Bevölkerung des verantwortlichen Staats resultieren. Schliesslich erscheinen nationale Zivilgerichte auch nicht als geeignetes Forum, um systematische Menschenrechtsverletzungen gegenüber (Hundert-)Tausenden von Menschen aufzuarbeiten und zu beurteilen. Wird ein Abkommen geschlossen, das eine Neuaufnahme der zwischenstaatlichen Beziehungen ermöglicht, erweist es sich als problematisch, wenn Einzelpersonen Jahrzehnte später noch Entschädigungsforderungen gegen einen fremden Staat im Ausland durchsetzen und dadurch das Friedensabkommen in Frage stellen können⁶⁷⁵. Insbesondere bei zwischenstaatlichen Konflikten ist demnach die Staatenimmunität ein wichtiges Mittel, um die materielle Beurteilung von Entschädigungsklagen von Individuen durch (ausländische) Gerichte zu unterbinden und die Lösungsfindung der richtigen (zwischenstaatlichen) Ebene und dem geeigneteren (primär politischen) Forum zuzuführen.

⁶⁷⁴ Die differenzierte Anwendung der Staatenimmunität je nachdem, ob es um einzelne oder systematisch begangene (schwerste) Menschenrechtsverletzungen handelt, postuliert und begründet soweit ersichtlich erstmals BRÖHMER, *State Immunity*, S. 204 ff. (inkl. einem Vorschlag für den Umgang mit Grenzfällen). In Anschluss an Bröhmer (und wie hier) LÜKE, *Funktionsträger*, S. 347 f.

⁶⁷⁵ Ähnliche Bedenken äussern z.B. auch KREIKER, *Exemptionen* S. 101 f. und OELLERS-FRAHM, *State Immunity*, S. 395 f. Während Kreiker eine Immunitätsausnahme bei Zivilverfahren gegen Staaten für individualisierte schwerste Menschenrechtsverletzungen *de lege ferenda* für begrüssenswert hält (S. 102), beurteilt Oellers-Frahm eine solche generell, d.h. auch für individualisierte Taten kritisch.

Die postulierte Immunitätsausnahme gegenüber Staaten bei Verletzungen zwingender Menschenrechte (ausserhalb eines systematischen Kontexts) ist nicht auf die Vollstreckungsimmunität auszudehnen. Zwangsmassnahmen gegen staatlichen Zwecken dienendes Eigentum im Ausland bergen erhebliches Konfliktpotential und gefährden die zwischenstaatlichen Beziehungen ernsthaft, weshalb insoweit das kollektive Interesse an stabilen internationalen Beziehungen dem individuellen Interesse der Opfer vorzugehen hat⁶⁷⁶. Das erschwert und vereitelt mitunter die Vollstreckung der gegen Staaten erstrittenen Urteile, macht deswegen eine gerichtliche Beurteilung für die Opfer aber nicht generell wertlos. Mit der gerichtlichen Anerkennung erringen sie zumindest einen moralischen Sieg. Überdies zeigt die Erfahrung, dass Staaten gegen sie ergangene Urteile oft freiwillig umsetzen.

Rechtsdogmatisch begründen lässt sich eine Immunitätsausnahme für Verletzungen zwingender Menschenrechtsnormen (und völkerrechtlicher Verbrechen) am überzeugendsten mit der Verwirkung, welche als Ausprägung des Prinzips von Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgrundsatz nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut anerkannt ist. Zwingende Menschenrechtsgarantien gelten *erga omnes*⁶⁷⁷. Ihre Missachtung verletzt damit nicht nur die Rechte der betroffenen Individuen, sondern der gesamten Staatengemeinschaft. Ein Staat, der Verstösse gegen zwingende Menschenrechtsgarantien zu verantworten hat und dadurch die Rechte anderer Länder verletzt, verwirkt die ihm an sich zustehende Staatenimmunität soweit es um die Beurteilung ebendieser Menschenrechtsverletzungen geht⁶⁷⁸. Mit der Verwirkung liesse sich auch eine Ausnahme von der staatlichen *Vollstreckungsimmunität* bei Verstössen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien begründen. Eine solche ist jedoch wie vorangehend erläutert wurde nicht wünschenswert.

Andere Argumentationslinien, mit denen in Literatur und Rechtsprechung teils versucht wurde, eine Immunitätsausnahme bei einer Verletzung von *ius cogens* zu begründen, vermögen meines Erachtens nicht zu überzeugen. Zu Recht hat der IGH die sogenannte *normative hierarchy theory* verworfen⁶⁷⁹, welche aus dem hierarchischen Vorrang von *ius cogens* die Nichtgeltung der

⁶⁷⁶ Dazu auch S. 221 ff. und 262 f.; vgl. auch FOX/WEBB, State Immunity, S. 481.

⁶⁷⁷ Vgl. IGH, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), I.C.J. Reports 1970, S. 3, Ziff. 33 f.

⁶⁷⁸ Für eingehende Ausführungen zu einer gestützt auf das Rechtsprinzip der Verwirkung geltenden Immunitätsausnahme siehe KREIKER, Exemtionen, S. 91 ff. und 224 ff. m.H.

⁶⁷⁹ IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening), I.C.J. Reports 2012, S. 99, Ziff. 92 ff.

Immunität ableiten will⁶⁸⁰. Da bei zwingenden Menschenrechten wie dem Folterverbot (bisher) lediglich die Unterlassungspflichten anerkanntermassen zwingenden Charakter haben, nicht aber daraus abgeleitete positive Verpflichtungen (z.B. Anspruch auf strafrechtliche Untersuchung), fehlt es jedenfalls an einem Normkonflikt zwischen der Immunität und einer Norm mit zwingenden Charakter. Eine weitere Argumentation geht dahin, dass schwerste Menschenrechtsverletzungen keine dienstlichen oder offiziellen Handlungen darstellen könnten, sondern als private Taten der Staatsbediensteten zu qualifizieren seien. Mangels Zurechnung zum Staat könne sich dieser folglich auch nicht auf die Immunität berufen. Die Zurechenbarkeit einer Handlung zum Staat bestimmt sich nicht nach ihrer Rechtmässigkeit. Krasse Verbrechen, insbesondere systematische, werden typischerweise im Kontext organisierter Staatsmacht und der Ausübung von staatlicher Hoheitsmacht ausgeübt und durch das Gewaltmonopol erleichtert (Übergriffe durch die Polizei und das Militär). Solche Taten als Privathandlungen einzustufen, trägt dem Umstand nicht Rechnung, dass sie Ausdruck der organisierten Staatsmacht sind und ist daher als realitätsfern abzulehnen. Nach einem weiteren Ansatz kann die Justiz des Gerichtsstaats die Anwendung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität bei *Ius-Cogens*-Verletzungen durch ein anderes Land im Sinn einer Gegenmassnahme (Repressalie) verweigern, da dieser bei *Erga-omnes*-Garantien in eigenen Rechten verletzt ist⁶⁸¹. Grundsätzlich entscheidet die Exekutive als die primär für die Aussenpolitik zuständige Instanz, ob sie bei einer Völkerrechtsverletzung eine Gegenmassnahme ergreifen will. Es erscheint problematisch und fügt sich nicht in das Konzept der Gegenmassnahme ein, wenn dieser (an sich hochpolitische Entscheid) an die Justiz übertragen und entpolitisiert wird. Überzeugender ist, wie vorangehend gezeigt, die Nichtanwendung der Gerichtsbarkeitsimmunität durch die Justiz über die Verwirkung zu begründen.

Auf den Rechtsschutz von Hausangestellten ausländischer Vertretungen und Diplomaten im Gaststaat wirkt sich die *de lege ferenda* geforderte Ausnahme von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität bei Missachtung zwingender Menschenrechte wie folgt aus: Voraussetzung wäre zunächst, dass die Ausbeutung dienstlicher Hausangestellter durch Diplomaten dem Entsendestaat zurechenbar (bzw. dieser seine Schutzpflichten verletzt hat) und zudem derart gravierend ist, dass sie in den sachlichen Schutzbereich einer zwingenden Men-

⁶⁸⁰ Für eine vertieftere Erörterung möglicher Ansätze zur Begründung einer Immunitätsausnahme bei *Ius-cogens*-Verstössen siehe z.B. KREIKER, Exemptionen, S. 78 ff.; weiter etwa BRÖHMER, State Immunity, S. 189 ff. und AKANDE/SHAH, State Officials, S. 828 ff.

⁶⁸¹ Dafür plädiert etwa PATRICIA TARRE MOSER, Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case, in GoJIL 2012, S. 809–852.

schenrechtsgarantie fällt (z.B. Folter, Sklaverei). Sind diese Bedingungen erfüllt, könnte sich der Entsendestaat selbst in den wenigen Fällen, in denen er in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten an sich über Gerichtsbarkeitsimmunität verfügt, nicht darauf berufen. Weil dienstliches Hauspersonal, das im Gaststaat durch Diplomaten in ihrer körperlichen Integrität geschädigt wird, nicht nur vertragliche, sondern auch ausservertragliche Ansprüche gegen den Entsendestaat geltend machen kann und dieser dafür bereits nach geltendem Recht keine Gerichtsbarkeitsimmunität genießt⁶⁸², würde eine Immunitätsausnahme bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte ihren Rechtsschutz aber letztlich nicht merklich verbessern.

II. Keine diplomatische Immunität *ratione personae* bei *Ius-cogens*-Verstößen?

Überzeugend geregelt ist meines Erachtens im geltendem Recht das Verhältnis der diplomatischen Immunität *ratione personae* zu den Menschenrechten: Die im WÜD normierte und gewohnheitsrechtlich anerkannte absolute Immunität während der Dienstdauer im Gaststaat greift auch für Völkerrechtsverbrechen und Verstösse gegen zwingende Menschenrechte. Das wird in der Praxis und im Schrifttum soweit ersichtlich kaum in Frage gestellt⁶⁸³. Der Internationale Gerichtshof hat eine solche ausnahmslose Anwendung unlängst für die Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern – konkret war der amtierende Ausenminister und somit in der Sache der höchste Diplomat betroffen – zu Recht bekräftigt⁶⁸⁴. Obschon die Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern und Diplomaten nicht identisch – aber in verschiedener Hinsicht vergleichbar – ist, drängt sich eine analoge Lösung für die diplomatische Immunität *ratione personae* in Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahren auf. Auch sie gründet im Status der Person und will diese im Dienst zum Schutz der Funktionsausübung in Bezug auf (praktisch) alle ihre Handlungen komplett von Zwangsmassnahmen und der Gerichtsbarkeit abschirmen, ungeachtet dessen, ob eine Handlung vor Antritt des Amts oder während der Amtsdauer begangen wurde oder private oder dienstliche Tätigkeiten betroffen sind. Notwendig ist der absolute Schutz von Diplomaten vor Gerichtsverfahren im Gaststaat während der Dienstdauer nicht nur aufgrund des grossen Risikos politisch motivierter Verfah-

⁶⁸² Sog. gebietsbezogene Deliktsausnahme oder *territorial tort exception*; dazu vorne bei Art. 12 UNCSI.

⁶⁸³ Kritisch aber etwa KNUT IPSEN, Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, S. 574.

⁶⁸⁴ Dazu S. 176 ff.

ren, sondern auch wegen des erheblichen Störungspotentials, das begründete Verfahren auf die effektive Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben und auf konfliktfreie zwischenstaatliche Beziehungen haben⁶⁸⁵. Dieser absolute Schutz selbst für krasse Menschenrechtsverstöße lässt sich nicht zuletzt mit dem temporären – auf die Dienstzeit im Gaststaat beschränkten – Charakter der diplomatischen Immunität *ratione personae* rechtfertigen. Das Interesse an der Rechtsdurchsetzung der Opfer hat wegen des hohen öffentlichen Interesses an der Erfüllung der diplomatischen Aufgaben vorübergehend komplett zurückzutreten. Demnach würde es dabei bleiben, dass schwerst ausgebeutetes oder misshandeltes dienstliches Hauspersonal (Folter, Sklaverei) gegen die verantwortlichen Diplomaten im Gastland namentlich kein Strafverfahren einleiten könnte, solange diese hier im Amt sind.

III. Keine diplomatische Immunität *ratione materiae* nach Dienstende bei *Ius-cogens*-Verstößen?

Nach Dienstende steht Diplomatinen im (vormaligen) Gaststaat diplomatische Immunität *ratione materiae* für Diensthandlungen zu⁶⁸⁶ und in Drittstaaten können sie sich insoweit auf die Staatenimmunität (Amtsträgerimmunität) berufen⁶⁸⁷. Diese gilt anders als die diplomatische Immunität nicht nur im (ehemaligen Gaststaat)⁶⁸⁸, sondern *erga omnes*. Eine Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* von der Strafverfolgung bei Völkerrechtsverbrechen und Verstößen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien ist *de lege lata* nicht feststellbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche aber *de lege ferenda* analog zur Rechtslage für Staatsoberhäupter und gewöhnliche Staatsbedienstete anzustreben.

⁶⁸⁵ Dazu auch S. 221 ff. und 263 f.

⁶⁸⁶ Art. 39 Abs. 2 WÜD.

⁶⁸⁷ Die nicht unumstrittene subsidiäre Anwendung der Staatenimmunität auf Diplomaten verfehlt überzeugend KREIKER, Exemptionen, S. 611 ff., insb. 621 ff. i.V.m. S. 550, ferner S. 596 ff. (zur Geltung *inter partes* der diplomatischen Immunität). Ebenso AKANDE/SHAH, State Officials, S. 851. Mehr dazu auf S. 31, Fn. 59.

⁶⁸⁸ BVerfGE 96, 68 (87) m.H.

1. *De lege lata*: Keine strafrechtliche Immunität *ratione materiae* für ehemalige Staatsoberhäupter und gewöhnliche Staatsbedienstete bei schwersten Menschenrechtsverletzungen

Für ehemalige Staatsoberhäupter und andere höchste Amtsträger (Immunität höchster Staatsvertreterinnen) sowie gewöhnliche Staatsangestellte (Amtsträgerimmunität) ist *de lege lata* weitgehend – wenn auch nicht ausnahmslos – anerkannt, dass sie keine Immunität *ratione materiae* in Strafverfahren wegen Völkerrechtsverbrechen und Verstößen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien in anderen Ländern genießen⁶⁸⁹. Soweit diese Immunitätsausnahme von der Strafverfolgung nicht ohnehin gewohnheitsrechtlich gilt⁶⁹⁰, lässt sie sich für die Vertragsparteien der UNO-Antifolterkonvention und der UNO-Konvention gegen das Verschwindenlassen bezüglich der Folter und des Verschwindenlassens von Personen überzeugend mit einer (konkludenten) Rechtsänderung begründen⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ ROBERT KOLB/DAMIEN SCALIA (Hrsg.), *Droit international pénal*, 2. Aufl., Basel 2012, S. 216 f. unter Hinweis auf die Strafprozesse gegen Eichmann, Barbie, Priebke und Pinochet durch nationale Gerichte. Aus der jüngeren Rechtsprechung der Entscheid des Schweizer Bundesstraengerichts vom 25.7.2012 betreffend den ehemaligen algerischen Verteidigungsminister Khaled Nezzar, BB.2011.140, insb. E. 5.4.3 (keine Immunität *ratione materiae* für Kriegsverbrechen und Folter). Ein US Court of Appeals entschied in *Yousuf v. Samantar* (699 F. 3d 763 [4th Circ. 2012], S. 776), dass ein ehemaliger Premier- und Verteidigungsminister für Verstöße gegen *ius cogens* keine Immunität *ratione materiae* genießt (sogar in einem Zivilverfahren). Die Begründung des Urteils (S. 776 f., ferner 774 f. und 777), wonach Verstöße gegen *ius cogens* keine dienstliche Handlungen darstellen, ist jedoch abzulehnen. Weiter etwa KREIKER, Urteil des IGH vom 3.2.2012, S. 117 und 119 f.; DERS., Exemtionen, S. 156 ff. je mit zahlreichen Hinweisen; AKANDE/SHAH, *State Officials*, S. 839; RAMONA PEDRETTI, Die völkerrechtlichen Immunitäten von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsvertretern, Am Beispiel des Nezzar-Falls, in *recht* 2013, S. 182–194, insb. 192 ebenfalls m.H. auf die Praxis und IDI, *Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux*, 2009. In der Rechtsprechung finden sich zuweilen auch gegenläufige Urteile, siehe die Hinweise bei VAN ALEBEEK, *National Courts*, S. 8, wobei aus ihren Beispielen nicht durchwegs klar hervorgeht, ob es sich um Zivil- oder Strafverfahren handelt. Nicht zuletzt hat der IGH mit einem (abzulehnenden) *obiter dictum* Verwirrung gestiftet: IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2002, S. 3, Ziff. 61.

⁶⁹⁰ In Bezug auf Zivilklagen gegen ehemalige Staatsoberhäupter und andere Staatsangestellte besteht *de lege lata* keine Ausnahme von der Immunität *ratione materiae* (in diesem Sinn auch *Yousuf v. Samantar*, 699 F. 3d 763 [4th Cir. 2012], S. 777). Sie wird in der Literatur aber teils gefordert; siehe etwa AKANDE/SHAH, *State Officials*, S. 852.

⁶⁹¹ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (Pinochet III vom 24.3.1999), 119 ILR 135, z.B. S. 201 und 220 f. Siehe in der Literatur AKANDE/SHAH, *State Officials*, S. 841 ff. und KREIKER, Urteil des IGH vom 3.2.2012, S. 120 f.

Beide Konventionen verpflichten die Vertragsparteien, Folterhandlungen und das Verschwindenlassen von Personen innerstaatlich als Straftatbestände zu qualifizieren und unter anderem auf ihrem Territorium anwesende Täter, die verpönte Strafhandlungen im Ausland begangen haben entweder strafrechtlich zu verfolgen oder auszuliefern⁶⁹², wobei Staatsbedienstete die typischen Täter sind⁶⁹³. Diese genießen vor ausländischen Gerichten jedoch üblicherweise Immunität *ratione materiae* für im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit begangene Handlungen. Die Einräumung der Jurisdiktion des Gerichtsstaats zur Strafverfolgung von Auslandstaten wäre jedoch weitgehend obsolet, wenn die verantwortlichen Staatsbediensteten durch die ihnen gewöhnlich zustehende Staatenimmunität der Strafverfolgung zugleich entzogen wären. Die Vorschriften zur strafrechtlichen Jurisdiktion kollidieren demnach mit der Staatenimmunität. Folglich ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien mit der Ratifikation der beiden Konventionen (als jüngerem Recht) bezüglich der Strafverfolgung von Folter beziehungsweise des Verschwindenlassens konkludent auf die Staatenimmunität verzichtet haben. Für weitere zwingende Menschenrechtsgarantien wie etwa das Sklavereiverbot lässt sich die Immunitätsausnahme hinsichtlich der Strafverfolgung rechtsdogmatisch wiederum mit der Verwirkung begründen⁶⁹⁴.

2. *De lege ferenda*: Keine diplomatische Immunität *ratione materiae* von Straf- und Zivilverfahren bei *Ius-cogens*-Verstößen

Die diplomatische Immunität (*ratione materiae*) ist wie bereits erwähnt nicht identisch mit der Staatenimmunität (Amtsträgerimmunität) für dienstliche Handlungen und der funktionellen Immunität von ehemaligen Staatsoberhäuptern und anderen höchsten Staatsvertretern. Unterschiede bestehen namentlich in Bezug auf die Rechtsgrundlage, die Funktion und ihre Wirkung (*inter partes* statt *erga omnes*). Deswegen begegnet die Literatur einer Übertragung der für vormalige Staatsoberhäupter und gewöhnliche Staatsbedienstete anerkannten Ausnahme von der Immunität *ratione materiae* für die Strafverfolgung wegen Völkerrechtsverbrechen und der Verletzung zwingender Menschenrechtsgarantien auf Diplomaten teils skeptisch⁶⁹⁵. Die vorhandenen Unterschiede vermögen meines Erachtens jedoch eine Privilegierung von ehemaligen Diplomaten gegenüber vormaligen Staatsoberhäuptern und gewöhnlichen Staatsbediensteten nicht überzeugend zu begründen. Die Hauptfunktion der diplomatischen Immunität, die Er-

⁶⁹² Vgl. Art. 4 ff. CAT und Art. 4 und Art. 9 ff. CPED.

⁶⁹³ Art. 1 CAT und Art. 2 CPED.

⁶⁹⁴ Dazu S. 279.

⁶⁹⁵ Siehe KREIKER, Urteil des IGH vom 3.2.2012, S. 122 und AKANDE/SHAH, State Officials, S. 849 ff.

möglichkeit der ungestörten Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben im Gaststaat, wird durch eine Strafverfolgung nach Dienstende (im Gastland) für Völkerrechtsverbrechen und schwerste Menschenrechtsverletzungen nicht in Frage gestellt. Ebenso verhält es sich grundsätzlich bei Zivilverfahren. Namentlich geht von solchen Straf- oder Zivilverfahren kein unerwünschter Abschreckungseffekt aus. Da sich diplomatische Aufgaben ohne derartige Verbrechen erfüllen lassen, ist nicht damit zu rechnen, dass Diplomaten aus Furcht vor allfälligen Straf- oder Zivilverfahren ihre Aufgaben während der Dienstdauer nicht mehr effektiv wahrzunehmen wagen. Der Gaststaat, auf dessen Territorium ausländische Diplomaten gegen zwingende Menschenrechte verstossen, hat dagegen ein eminentes Interesse, dass diese nach ihrem Dienstende dafür straf- und/oder zivilrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden können, selbst wenn die Straftat im Rahmen der dienstlichen Aufgabenerfüllung erfolgte. Dass das WÜD bezüglich der diplomatischen Immunität *ratione materiae* ehemaliger Diplomaten keine Ausnahmen für Völkerrechtsverbrechen und Verstösse gegen zwingende Menschenrechtsgarantien vorsieht, stellt meines Erachtens schliesslich ebenfalls kein unüberwindliches Hindernis – jedenfalls kein grösseres als bei der gewohnheitsrechtlichen Geltung der Staatenimmunität und der Immunität von Staatsoberhäuptern – dar. Menschenrechtsanliegen spielten bei Ausarbeitung des WÜD noch eine vergleichsweise marginale Rolle. Eine (spätere punktuelle Praxisänderung) als Reaktion auf die seither eingetretene massive Entwicklung des Menschenrechtsschutzes ist *per se* weder ausgeschlossen noch abwegig. Im Ergebnis fällt die Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen meines Erachtens wegen der Schwere der in Frage stehenden Taten klar zugunsten einer Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* für den straf- und zivilrechtlichen Rechtsschutz bei Völkerrechtsverbrechen und Verstössen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien aus. Diese drängt sich umso mehr auf, als die diplomatische Immunität *ratione materiae* Straf- und Zivilverfahren ohnehin nur im ehemaligen Gastland entgegensteht. In Drittstaaten geniessen (vormalige und amtierende) Diplomaten generell nur Amtsträgerimmunität (funktionelle Staatenimmunität)⁶⁹⁶, bei der eine Immunitätsausnahme für Völkerrechtsverbre-

⁶⁹⁶ Die Strafverfolgung eines amtierenden Diplomaten in einem Drittstaat kann zwar auch (gewisse) Auswirkungen auf die Amtsführung im Gaststaat haben, diese sind aber angesichts des beschränkten Kreises von Straftaten, für welche die Immunitätsausnahme gilt, ihrer Schwere und des damit verbundenen Ausnahmecharakters einer Strafverfolgung hinzunehmen. Möchte der Entsendestaat eine Behinderung der Aufgabenerfüllung ausschliessen, kann er seine Diplomaten in Bezug auf schwerste Verbrechen einer Sicherheitsprüfung unterziehen. Im Übrigen hat er die Möglichkeit, Diplomaten, die sich solcher Verbrechen schuldig gemacht haben – so er trotzdem nicht auf ihre Dienste

chen und Verletzungen zwingender Menschenrechte auf weniger Bedenken stösst und weitgehend anerkannt ist.

Dogmatisch ist eine Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* zur Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen und Verstössen gegen zwingende Menschenrechte wie folgt zu begründen⁶⁹⁷: Hinsichtlich der Folter und des Verschwindenlassens von Personen ist für die Vertragsparteien der UNO-Antifolterkonvention und der UNO-Konvention gegen das Verschwindenlassen bereits auf der Basis dieser Abkommen wiederum von einer konkludenten Rechtsänderung (Verzicht auf die diplomatische Immunität im Gaststaat durch Einräumung der Jurisdiktion zur Strafverfolgung von Auslandstaten) auszugehen. Im Übrigen ist sie für Strafverfahren sowie generell für Zivilverfahren durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verwirkung zu begründen. Die kontinuierliche vertragliche Ausdehnung einer Pflicht zur Strafverfolgung durch nationale Gerichte bei Verstössen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien im Ausland kann zudem ihrerseits Element und Ausdruck einer entstehenden analogen gewohnheitsrechtlichen Pflicht sein.

3. Relevanz einer Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* bei *Ius-cogens*-Verstössen für das Hauspersonal

Die Anerkennung eine Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* für Straf- und Zivilverfahren wegen Verstössen gegen zwingende Menschenrechte könnte vereinzelt auch im Kontext der Ausbeutung von dienstlichen Hausangestellten ausländischer Missionen relevant werden. Denn dadurch würde bei extremer Ausbeutung, die das Ausmass von Folter oder Sklaverei annimmt, eine Strafverfolgung beziehungsweise ein Zivilverfahren im Gaststaat nach Dienstende des verantwortlichen Diplomaten möglich, selbst wenn die Ausbeutung als Diensthandlung zu qualifizieren ist.

IV. Fazit: Vorrang der Menschenrechte als Ausgleichsansatz

Ein dritter Ansatz, um zwischen völkerrechtlichen Immunitäten und Menschenrechten den erforderlichen Ausgleich zu erzielen, liegt in der Einräumung eines (punktuellen) Vorrangs der Menschenrechte. Er könnte sich in der Sache vorab

verzichten möchte – im Aussenministerium einzusetzen und von einer Entsendung ins Ausland abzusehen.

⁶⁹⁷ Gleiches gilt für eine Immunitätsausnahme bezüglich der Amtsträgerimmunität *ratione materiae* (Staatenimmunität) von Diplomaten für die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen und Verstössen gegen zwingende Menschenrechte in Drittstaaten.

in einer Immunitätsausnahme für schwerwiegendste Menschenrechtsverletzungen manifestieren. Im hier primär interessierenden Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität sowie den Menschenrechten ist aber mit Ausnahme der Strafverfolgung von Staatsbediensteten für schwerste Menschenrechtsverletzungen (Amtsträgerimmunität) bis heute keine Immunitätsausnahme für Verletzungen zwingender Menschenrechte feststellbar. Das überzeugt nicht vollständig.

De lege ferenda ist daher folgende Lösung anzustreben: Bei der Staatenimmunität (Zivilverfahren gegen den Entsendestaat) ist eine Immunitätsausnahme bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte bezüglich der Gerichtsbarkeitsimmunität einzufordern, soweit Einzeltaten wie beispielsweise die Ausbeutung von Hausangestellten betroffen sind. Zu begründen ist sie mit dem allgemeinen Rechtsprinzip der Verwirkung. Überdies ist bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte (und Völkerrechtsverbrechen) für die Strafverfolgung und in Zivilverfahren ehemaliger Diplomaten im Gaststaat eine Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* anzuerkennen. Sie lässt sich für Strafverfahren für die Vertragsparteien der UNO-Antifolterkonvention und der UNO-Konvention gegen das Verschwindenlassen für die darin erfassten Delikte mit einer konkludenten Rechtsänderung und darüber hinaus mit dem Prinzip der Verwirkung begründen. Bei diesen beiden Immunitäten überwiegt das Interesse der Opfer am Rechtsschutz dasjenige des Entsendelands an der Immunität.

Eine Ausnahme von der diplomatischen Immunität *ratione materiae* bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte würde es – anders als heute – ermöglichen, dass krass ausgebeutetes Hauspersonal diplomatischer Vertretungen (z.B. Folter, Sklaverei) die verantwortlichen Diplomaten im Gastland strafrechtlich verfolgen könnte, selbst wenn die Ausbeutung als Diensthandlung zu qualifizieren wäre. Die Immunitätsausnahme für Zivilverfahren gegen den Entsendestaat, würde ihre Rechtslage dagegen nicht wesentlich verbessern, da dieser in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dienstlichem Hauspersonal nur noch ganz ausnahmsweise Gerichtsbarkeitsimmunität genießt. Im Übrigen kann dienstliches Hauspersonal ausländischer Missionen, wenn es physisch geschädigt wird, den Entsendestaat für ausservertragliches Handeln verklagen. Diesbezüglich steht diesem auch *de lege lata* keine Immunität zu.

Bei der diplomatischen Immunität *ratione personae* und der staatlichen Vollstreckungsimmunität ist dagegen wie bis zum heutigen Tag auf eine Immunitätsausnahme bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte (und bei Völkerrechtsverbrechen) zu verzichten. Das Interesse an der ungestörten Erfüllung der diplomatischen Aufgaben und an konfliktfreien zwischenstaatlichen Beziehungen überwiegt das Interesse der Opfer – auch ausgebeuteter dienstlicher Hausangestellter – am Rechtsschutz im Gaststaat.

Zusammenfassende Würdigung möglicher Ausgleichsansätze

I. Drei mögliche Ausgleichsansätze

Dem (materiellen) Spannungsverhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten wird im geltenden Recht mit einem faktischen Vorrang der Immunitäten begegnet. Dadurch bleibt der Menschenrechtsschutz teils wirkungslos. Für das Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten hat er zur Folge, dass ihr Rechtsschutz im Gaststaat eingeschränkt bis inexistent ist. Gegenstand des fünften Teils bildete daher – ausgehend von der Ausbeutung von Hausbediensteten –, die Analyse möglicher Ausgleichsansätze, mit denen sich die Spannung zwischen den beiden Normkomplexen abbauen lässt. Es wurden im Wesentlichen drei Ausgleichsansätze identifiziert: Erstens das Ergreifen (völkerrechtskonformer) alternativer Massnahmen durch den Gerichtsstaat, um die durch die Immunitäten und das diplomatische Recht verursachten Lücken im Menschenrechtsschutz zu kompensieren, zweitens eine menschenrechtskonforme Auslegung der Immunitäten und anderer Völkerrechtsnormen und drittens ein (punktueller) Vorrang der Menschenrechte. Bei den ersten beiden Ausgleichsansätzen (Alternativmassnahmen, menschenrechtskonforme Auslegung) handelt es sich um Anwendungsfälle der koordinierenden Auslegung, ein (punktueller) Vorrang der Menschenrechte vor den Immunitäten lässt sich methodisch unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien begründen.

II. Erster Ausgleichsansatz: Pflicht des Gerichtsstaats zum Ergreifen alternativer Massnahmen

Im Rahmen des ersten Ausgleichsansatzes, der Pflicht zum Ergreifen alternativer Massnahmen (zu den durch das diplomatische Recht und die Staatenimmunität ausgeschlossenen), kommen als einzelne solche Massnahmen grundsätzlich alle mit dem diplomatischen Recht und der Staatenimmunität kompatiblen Vorgehren in Betracht, die geeignet sind, die durch diese Völkerrechtsnormen bedingten Beschränkungen des Menschenrechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter zu kompensieren oder einer Ausbeutung vorzubeugen. Während ge-

wisse Kompensationsmassnahmen auch auf internationaler Ebene getroffen werden könnten (z.B. Schlichtungsmechanismus, Entschädigungsfonds) liegt es im Übrigen im Wesentlichen am Gaststaat (bzw. Gerichtsstaat) solche Massnahmen zu ergreifen.

Mögliche reaktive Massnahmen des Gastlands bei einer Ausbeutung von Hauspersonal umfassen: Das Ersuchen um einen Immunitätsverzicht beim Entsendestaat, die Erklärung des verantwortlichen Diplomaten zur *persona non grata*, anderweitige politische und diplomatische Demarchen (z.B. Gespräche über eine Entschädigung im Einzelfall, Verbot für den verantwortlichen Diplomaten weiterhin private Hausangestellte zu beschäftigen, Retorsionen bei wiederholter Ausbeutung und fehlender Kooperation), die Schaffung eines (freiwilligen) Schlichtungsmechanismus oder die Entschädigung namentlich schwer ausgebeuteter Hausangestellter. Als präventive Massnahme steht die (detaillierte oder punktuelle) Regelung der Arbeits- und Aufenthaltsbedingungen von Hausangestellten im Vordergrund.

Da alternative Massnahmen keine Änderung des Völkerrechts erfordern, sollten sie von den Gaststaaten unverzüglich ergriffen und insbesondere von den internationale Menschenrechtsgerichten auch sofort verlangt werden, andernfalls grundsätzlich auf einen unverhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Zugang zu einem Gericht und andere Menschenrechte durch den Gaststaat zu erkennen wäre. Welchen Massstab sie dabei einfordern sollten, wird weiter hinten ausführlich erörtert (§ 26).

III. Zweiter Ausgleichsansatz: Menschenrechtskonforme Auslegung

Die koordinierende Auslegung im Sinn von Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK ist ein anerkanntes Instrument, um Vorschriften unterschiedlicher Völkerechtsbereiche aufeinander abzustimmen und gleichzeitig anzuwenden. Sie wird im Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten bisher aber nur einseitig als immunitätsrechtskonforme Auslegung der Menschenrechte praktiziert, nicht jedoch in umgekehrter Richtung. Die menschenrechtskonforme, das heisst in der Regel restriktive, Auslegung des diplomatischen Rechts, der Staatenimmunität und anderer Völkerrechtsnormen, die mit den Menschenrechten in einem Spannungsverhältnis stehen, stellt aber einen zweiten Ausgleichsansatz dar und könnte zur Verbesserung des Rechtsschutzes ausgebeuteter Hausangestellter im Gaststaat beitragen.

Anzustreben ist vor allem eine enge Interpretation von Art. 11 Abs. 2 UNCSI, welcher die Ausnahmen vom Grundsatz regelt, dass der Entsendestaat in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten keine Gerichtsbarkeitsimmunität genießt sowie des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten (insb. Unverletzlichkeiten, *ne impediatur legatio*, Entbindung von der Pflicht zur Zeugenaussage). Können bestimmte Beweise nur vom Entsendestaat beigebracht werden, sind strengere Anforderungen an seine Mitwirkung zu stellen und unter Umständen pauschale Behauptungen als unzureichend einzustufen und die allfällige fehlende Mitwirkung bei der materiellen Würdigung zu berücksichtigen. Weiter ist basierend auf der engen Auslegung der Organisationshoheit des Entsendelands einzufordern, dass das in der Residenz der Missionschefs tätige Hauspersonal zwecks Verbesserung seines Rechtsschutzes (privatrechtlich) vom Entsendestaat angestellt wird. Die enge Interpretation der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts bewegt sich auf der Grenze zwischen der Anwendung und Präzisierung existierender Vorschriften (z.B. des UNCSI) und ihrer Weiterentwicklung und Änderung.

IV. Dritter Ausgleichsansatz: Punktueller Vorrang der Menschenrechte

Als dritter Ausgleichsansatz ist bei schwersten Menschenrechtsverletzungen (insb. Verstöße gegen *ius cogens*) ein punktueller Vorrang der Menschenrechte in der Form einer Immunitätsausnahme bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität sowie der diplomatischen Immunität *ratione materiae* anzustreben. Damit könnte dienstliches Hauspersonal bei einer krassen Ausbeutung (Folter, Sklaverei) die verantwortlichen Diplomaten im Gaststaat nach Dienstende auch strafrechtlich zur Verantwortung ziehen, soweit die Ausbeutung als dienstliche Tätigkeit zu werten wäre. Eine Ausnahme von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* bei Verstößen gegen *ius cogens* bedeutet eine Abkehr vom geltenden Recht.

Da die Staaten mangels Konsens gegenwärtig nicht willens und fähig sind, Immunitätsausnahmen für schwerste Menschenrechtsverstöße zu legiferieren, können entsprechende Impulse auf absehbare Zeit nur von Gerichten ausgehen. Inwieweit sie dazu legitimiert sind, ist umstritten⁶⁹⁸. Bislang sind Impulse zu Rechtsänderungen vor allem von nationalen Gerichten ausgegangen, während internationale Gerichte entsprechende Entwicklungen eher bremsen.

⁶⁹⁸ Siehe zu dieser Problematik S. 213 ff.

V. Notwendigkeit einer Kombination der Ausgleichsansätze und einer differenzierten Interessenabwägung

Um einen überzeugenden Ausgleich zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten zu erzielen, sind bei Rechtsverstößen gegen Hausbedienstete ausländischer Missionen und Diplomaten und darüber hinaus, die drei Ausgleichsansätze kombiniert einzusetzen. Dies würde ein Aktivwerden unterschiedlicher Akteure bedingen: Während alternative Massnahmen hauptsächlich von der Exekutive (und teils der Legislative) des Gastlands ergriffen werden können, sind Urheber einer engen Auslegung der Immunitäten und weiterer Völkerrechtsnormen primär (nationale und internationale) Gerichte und teils die Staaten (Staatenpraxis). Ein Vorrang der Menschenrechte kann primär durch den Gesetzgeber sowie Gerichte angestossen werden.

Da die menschenrechtskonforme Auslegung der Immunitäten und ein (punktueller) Vorrang der Menschenrechte mit einer Änderung des Völkerrechts einhergehen, bedingt der Einsatz dieser Ausgleichsansätze ein sorgfältiges Abwägen der berührten Interessen. Wie die Menschenrechte, dienen auch die völkerrechtlichen Immunitäten grundlegenden Interessen wie namentlich der Vermeidung von Konflikten in den zwischenstaatlichen Beziehungen und der ungestörten Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben. Die geltende Rechtslage wurde als unbefriedigend kritisiert, weil sie auf einen pauschalen Vorrang der Immunitäten hinausläuft und die menschenrechtlichen Anliegen vernachlässigt. Ebenso zu kurz greifen würde jedoch auch ein genereller Vorrang der Menschenrechte, weil dadurch fundamentale (öffentliche Interessen) vernachlässigt würden. Die Lösung besteht nach der hier vertretenen Auffassung in einem differenzierten Ausgleich zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechten. Das bedeutet, dass die konkret in Frage stehenden Interessen sorgfältig und unter Berücksichtigung der betroffenen Immunität (staatliche Gerichtsbarkeits- oder Vollstreckungsimmunität, diplomatische Immunität *ratione personae* oder *materiae*) und namentlich der Funktion(en) der jeweiligen Immunität, der berührten Menschenrechte (zwingende Normen, Schwere des Eingriffs) und weiterer Faktoren (z.B. Erhältlichkeit eines zumutbaren Rechtsschutzes im Entsendestaat) abzuwägen sind. Dabei sollten weder unkritisch grundlegende (öffentliche) Interessen aufgegeben werden, um Opfern von Menschenrechtsverletzungen zu helfen, noch den erwartbaren pauschalen Beteuerungen der Staaten, dass jede Beschränkung der völkerrechtlichen Immunitäten die Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben und die internationalen Beziehungen gefährdet, unkritisch begegnet werden. Besonders schwer wiegt das Interesse an der Geltung der Immunität, wenn der Schutz der diplomatischen Aufgabenerfüllung und der Vermeidung von zwischenstaatli-

chen Konflikten als Funktion der jeweiligen Immunität im Vordergrund steht. Dagegen ist ein Ausgleich zugunsten der Menschenrechte vor allem bei jenen Arten der Immunität möglich, bei denen diese beiden Funktionen weniger akzentuiert sind und vor allem der Schutz der staatlichen Souveränität im Zentrum steht. Die Abwägung führt daher bezüglich einer Immunitätsausnahme bei schwersten Menschenrechtsverstößen zur Erkenntnis, dass die staatliche Vollstreckungsimmunität aufgrund des grossen Konfliktpotentials von Zwangsmassnahmen sowie die diplomatische Immunität *ratione personae* wegen ihrer essentiellen Bedeutung für die Erfüllung diplomatischer Aufgaben im Gaststaat keinen Ausnahmen ertragen. Dagegen ist für Verstösse gegen zwingende Menschenrechte eine Ausnahme von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* anzustreben.

Von den drei Ausgleichsansätzen können alternative Massnahmen die Situation ausgebeuteter Hausangestellter am wirksamsten verbessern. Die restriktive Auslegung kann einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Stärkung des Rechtsschutzes leisten. Eine Immunitätsausnahme bei Verstössen gegen *ius cogens* verbessert ihre Situation dagegen nur am Rand.

§ 26

Staatenimmunität und diplomatisches Recht als Rechtfertigung für Menschenrechtseingriffe gegenüber Hauspersonal? Lösungsvorschlag

Internationale Rechtsprechungsorgane wie etwa der Europäische Menschenrechtsgerichtshof und nationale Gerichte akzeptieren die Staatenimmunität und das diplomatische Recht bislang pauschal als Rechtfertigung für Eingriffe in die Menschenrechte und namentlich das Recht auf Zugang zu einem Gericht sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde. Diese Praxis überzeugt nicht, da sie einem generellen Vorrang der Immunitäten gleichkommt ohne einen Ausgleich mit den gegenläufigen Interessen vorzunehmen. Das bewirkt, dass der Menschenrechtsschutz der betroffenen Individuen vielfach ins Leere läuft. Im Folgenden werden daher auf der Basis der in § 22–25 dargestellten Ausgleichsansätze konkrete Leitlinien aufgestellt, wie Gerichte bei einer menschenrechtsrelevanten Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten im Gastland einen überzeugenden Ausgleich zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten durchsetzen können. Zu beantworten ist, welche Ausgleichsmassnahmen die Gerichte von einem Gaststaat, der die Staatenimmunität und das diplomatische Recht (insb. diplomatische Immunität) gegenüber dem Entsendestaat respektiert, bei einer Ausbeutung des Hauspersonals einfordern sollen, damit er nicht selber (positive) Menschenrechtsverpflichtungen und insbesondere das Recht auf Zugang zu einem Gericht sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde gegenüber dem ausgebeuteten Hauspersonal verletzt. Das hier zu beurteilende Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten weist die Eigenheit auf, dass die Hausangestellten nicht nur im Gaststaat um Rechtsschutz ersuchen, sondern auch die ursprüngliche Rechtsverletzung (Ausbeutung) dort begangen wurde. Die grosse Beziehungsnähe des Gastlands rechtfertigt nicht nur in gesteigertem Mass, dieses zum Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen zu verpflichten, es verfügt – im Vergleich zu einem Gerichtsstaat bei einer im Ausland begangenen Menschenrechtsverletzung – auch über besonderes vielfältige Möglichkeiten, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen (insb. präventive Massnahmen gegen Ausbeutung).

I. Fehlender alternativer Rechtsschutz als Voraussetzung für die Pflicht zum Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen

Unmittelbar verursacht wird die Ausbeutung der Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten typischerweise durch Diplomaten sowie den Entsendestaat (wenn ihm deren Fehlverhalten zurechenbar ist). Es erscheint daher richtig und wichtig, dass prioritär die verantwortlichen Diplomaten und der Entsendestaat dafür zur Verantwortung gezogen werden. Während in der hier interessierenden Konstellation nur der Entsendestaat gegenüber den ausgebeuteten Hausangestellten menschenrechtliche Unterlassungspflichten verletzen kann (soweit ihm das ausbeuterische Verhalten der Diplomaten zurechenbar ist), stehen beim Gastland allein positive Menschenrechtsverpflichtungen gegenüber dem Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten in Frage. Dass die Gaststaaten, welche wegen der Einhaltung des Staatenimmunitätsrechts und des diplomatischen Rechts den Hausangestellten bei einer Ausbeutung nicht den üblichen Rechtsschutz gewähren können, menschenrechtlich in die Pflicht genommen werden, erscheint eher als Notlösung zum Schutz der Hausangestellten, wenn diese keine effektiven Rechtsschutzoptionen haben, um die unmittelbar für die Ausbeutung Verantwortlichen gerichtlich zu belangen. Daraus folgt, dass für die menschenrechtliche Inpflichtnahme des Gastlands eine entscheidende Rolle spielt, ob alternative Rechtsschutzmöglichkeiten im Entsendeland vorhanden sind oder nicht⁶⁹⁹. Das Fehlen zumutbarer (straft- oder zivilrechtlicher) Rechtsbehelfe im Entsendestaat ist nach der hier vertretenen Auffassung Voraussetzung dafür, dass der Gaststaat – der das diplomatische Recht und die Staatenimmunität respektiert – Ausgleichsmassnahmen treffen muss und (positive) Menschenrechtsverpflichtungen und insbesondere das Recht auf Zugang zu einem Gericht gegenüber auf seinem Territorium ausgebeutetem dienstlichem und privatem Hauspersonal verletzen kann. Soweit die Hausangestellten im Entsendeland Zugang zu einem zumutbaren und effektiven Rechtsschutz haben, bedarf es keiner Ausgleichsmassnahmen, um den Effekt der Immunitäten im Gaststaat abzufedern, da die Respektierung des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität ihren Menschenrechtsschutz nicht ins Leere laufen lässt. Denn diesfalls beschränkt sich die Wirkung der Immunitäten tatsächlich darauf, die Bediensteten an ein anderes Forum (im Entsendeland) zu verweisen ohne darüber hinaus auch materiell den straf- oder zivilrechtlichen Rechtsschutz zu vereiteln. Der Verweis auf den rein prozeduralen Charakter der Immunitäten ist in einer solchen Situation daher auch in der Sache überzeugend. Das Recht auf Zugang zu einem

⁶⁹⁹ Zumutbare alternative Rechtsschutzmöglichkeiten können ausnahmsweise auch in einem Drittstaat gegeben sein, falls der Entsendestaat dort auf die Immunität verzichtet.

Gericht verbürgt keinen Anspruch auf die Richterin seiner Wahl, sondern lediglich den Zugang zu einem effektiven und rechtsstaatlichen gerichtlichen Rechtsschutz.

Da die Respektierung der völkerrechtlichen Immunitäten durch den Gaststaat ohne gleichzeitige Ausgleichsmassnahmen nur eine Menschenrechtsverletzung gegenüber den Hausangestellten darstellt, wenn diese auch anderswo über keinen zumutbaren Rechtsschutz verfügen, ist folglich von entscheidender Bedeutung, unter welchen Umständen die Zumutbarkeit des Rechtsschutzes bejaht wird. Sie hängt von verschiedenen Faktoren und insbesondere dem Vorhandensein von Rechtsbehelfen, der Rechtsstaatlichkeit der Verfahrens und der praktischen Zumutbarkeit des Rechtswegs ab. Ein zumutbarer und effektiver alternativer Rechtsschutz wäre zunächst zu verneinen, wenn im Entsendestaat keine straf- und zivilrechtlichen *Rechtsbehelfe* für die Ahndung von Ausbeutung vorhanden sind oder das Ergreifen dieser Rechtsbehelfe von vornherein aussichtslos wäre, etwa weil Hausangestellte aufgrund ihres sozialen Status keine Chance haben, in einem Verfahren gegen die der gesellschaftlichen Elite zugehörigen Diplomatinen oder gegen den Staat zu obsiegen. Zu verneinen wäre ein effektiver alternativer Rechtsschutz überdies, wenn im Entsendeland keine *auf rechtsstaatlicher Basis funktionierende, unabhängige und unparteiische Justiz* vorhanden ist. Die diesbezüglichen Anforderungen sollten meines Erachtens nicht zu tief angesetzt werden. Massiv und chronisch überlange Verfahrensdauern, wie sie in einigen europäischen Ländern zu beobachten sind, würden es meines Erachtens ebenfalls ausschliessen, Bedienstete an die Justiz dieser Länder zu verweisen. Schliesslich muss dem Hausangestellten der *Rechtsweg unter praktischen Gesichtspunkten zumutbar* sein, wobei der Bezug zum Entsendeland eine wichtige Rolle spielt: Handelt es sich um einen Angestellten aus dem Entsendestaat, der auch enge Beziehungen dorthin unterhält, erscheint der dortige Rechtsweg grundsätzlich zumutbar. Für Bedienstete ohne näheren Bezug zum Entsendeland, namentlich solche aus dem Gaststaat oder aus Drittstaaten, wäre der Rechtsweg in einem weit entfernten und einem anderen Kulturkreis zugehörigen Entsendestaat, dessen Kultur und Sprache sie nicht kundig sind, dagegen gewöhnlich nicht zumutbar. Gleiches dürfte auch für Angehörige des Entsendestaats gelten, die schon lange nicht mehr dort leben und kaum mehr Beziehungen dorthin pflegen, jedenfalls, wenn es sich um einen vom Gaststaat weit entferntes Land in einem anderen Kulturkreis handelt. Im Einzelfall sind neben dem Bezug zum Entsendestaat Faktoren wie sprachliche Probleme, Vertrautheit mit der Kultur im Entsendestaat, die Entfernung oder anfallende Reisekosten mitzubetrachten. Die Unzumutbarkeit wäre zum Beispiel für eine philippinische Hausangestellte, die von einem rumänischen Diplomaten in ihrem Herkunftsland für seine Diensttätigkeit in Australien (Gaststaat) eingestellt wird in

Bezug auf den Rechtsschutz in Rumänien zu bejahen. Es obliegt grundsätzlich den Hausangestellten, die Zumutbarkeit des Rechtsschutzes im Entsendestaat (Rechtsstaatlichkeit, praktische Zumutbarkeit) glaubhaft in Zweifel zu ziehen. Im Ergebnis dürfte ein zumutbarer alternativer Rechtsweg im Entsendeland nur selten gegeben sein. Oft wird er bereits am mangelnden Bezug zum Entsendeland scheitern, da viele Hausangestellte ausländischer Missionen und Diplomaten aus Drittstaaten oder aus dem Gaststaat stammen.

II. Vom Gaststaat zu ergreifende Ausgleichsmassnahmen bei fehlendem alternativem Rechtsschutz

1. Kriterien für die Bestimmung der vom Gaststaat zu treffenden Ausgleichsmassnahmen

Verfügen Hausangestellte über keinen zumutbaren und effektiven alternativen Rechtsschutz (insb. im Entsendestaat), um strafrechtlich gegen die Diplomaten und zivilrechtlich gegen die Diplomatinen oder den Entsendestaat vorzugehen, droht ihr Menschenrechtsschutz insgesamt leerzulaufen, wenn das Gastland die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität respektiert. In dieser Situation ist deshalb im Sinn eines Interessenausgleichs zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz einzufordern, dass der Gaststaat – auf dessen Territorium die Ausbeutung stattfindet – zum Schutz des Hauspersonals Ausgleichsmassnahmen ergreift. Grundvoraussetzung für einen echten und funktionierenden Ausgleich ist, dass der EGMR und andere Gerichte, in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, aus Menschenrechten mit positiven Gehalten eine Pflicht des Gastlands ableiten, alternative – mit den Immunitäten und dem diplomatischen Recht kompatible – Massnahmen zu ergreifen, wenn es die ihm grundsätzlich obliegenden positiven Verpflichtungen infolge der Respektierung der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts nicht erfüllen kann.

Die im Einzelfall erforderlichen Ausgleichsmassnahmen wie auch die generellen Leitlinien dazu sind unter Zuhilfenahme unterschiedlicher Kriterien festzusetzen. Eine Rolle spielen neben der Erhältlichkeit (zumutbarer) alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten, die Art der betroffenen Menschenrechtsgarantie (*ius cogens*, notstandsfeste Garantie), die Schwere des Eingriffs, die Auswirkungen der Massnahmen auf den Gaststaat und die zwischenstaatlichen Beziehungen (Zumutbarkeit für das Gastland) und das Potential einer Massnahme, die Situation ausgebeuteter Hausangestellter zu verbessern. Grundsätzlich gilt, je fundamentaler die betroffenen Rechtsgüter und je schwerer der Eingriff desto höhere Anforderungen sind an die vom Gaststaat zu treffenden alternativen Massnahmen

zu stellen. Umgekehrt sollten die Gerichte darauf verzichten, Massnahmen einzufordern, die wenig zur Verbesserung der Situation der Betroffenen beitragen, aber ein grosses Störungspotential für die zwischenstaatlichen Beziehungen aufweisen. In diese Kategorie fallen eine Erklärung der verantwortlichen Diplomatin zu *persona non grata* sowie Retorsionen. Ergreift der Gaststaat diese von sich aus, stellen sie regelmässig keine genügende Ausgleichsmassnahme für den fehlenden oder eingeschränkten Rechtsschutz der Hausangestellten im Gaststaat dar, da sie deren Situation nicht massgeblich verbessern.

Auf der Grundlage der vorangehenden Überlegungen lassen sich folgende konkrete Leitlinien über die im Einzelnen zu treffenden Ausgleichsmassnahmen formulieren:

2. Konkret erforderliche Ausgleichsmassnahmen des Gaststaats: Leitlinien

Standardmässig, das heisst ungeachtet der Art der menschenrechtlich geschützten Interessen und der Schwere des Eingriffs, sind vom Gastland grundsätzlich und umgehend mindestens folgende Kompensationsmassnahmen (kumulativ) zu verlangen:

- (1) *Ersuchen um einen Immunitätsverzicht*: Der Gaststaat hat beim Entsendestaat – wenn er, namentlich von einem Hausangestellten oder von Dritter Seite (z.B. Gewerkschaften), von einem (mutmasslichen) Ausbeutungsfall erfährt – um einen Immunitätsverzicht nachzusuchen. Je nachdem, ob die Hausangestellte im Einzelfall ein Verfahren gegen die Diplomatin und/oder den Entsendestaat anstrebt, steht ein Verzicht auf die diplomatische Immunität von der Gerichtsbarkeit und der Vollstreckung und/oder die staatliche Immunität von der Vollstreckung (selten der Gerichtsbarkeit) in Frage.
- (2) *Alternative Streitschlichtungsstelle*: Der Gaststaat hat für ausgebeutete Angestellte ausländischer Missionen⁷⁰⁰ und Diplomaten einen alternativen Streitschlichtungsmechanismus für Streitigkeiten mit Diplomaten und dem Entsendestaat zu schaffen. Dass sich der Entsendestaat unter Umständen weigert, an einem Schlichtungsverfahren teilzunehmen oder der Angestellte keine angemessene Entschädigung bezahlt, liegt ausserhalb des direkten Einflussbereichs des Gaststaats und hat deshalb in der Regel keine direkte Auswirkung darauf, ob dieser den eigenen Menschenrechtsverpflichtungen nachkommt.

⁷⁰⁰ Dies gilt jedenfalls für das nicht versetzbare Personal. Für das versetzbare Personal (insb. Diplomaten) ist der Rechtsweg im Entsendestaat stets zumutbar, abgesehen davon, dass sie in der Regel öffentlichrechtlich angestellt sein dürften.

- (3) *Gesetzgebung gegen Ausbeutung*: Der Gaststaat hat weitere Vorschriften zum Schutz (jedenfalls) der besonders ausbeutungsgefährdeten Hausbediensteten von Diplomaten vor Ausbeutung zu erlassen. Er geniesst dabei einen gewissen Ermessensspielraum bezüglich des Inhalts der Vorschriften, und die Gerichte haben aufgrund einer Gesamtbeurteilung zu entscheiden, ob die präventive Wirkung gegen Ausbeutung hinreichend ist. Unverzichtbar ist meines Erachtens die Vorgabe, dass die in der Residenz der Missionschefinnen tätigen Hausbediensteten durch den Entsendestaat anzustellen sind. Im Weiteren haben Regelungen zum Schutz privater Hausangestellter als Mindestinhalt Folgendes zu umfassen: Das Erfordernis eines schriftlichen Arbeitsvertrags als Bedingung für die Aufenthaltsbewilligung, ein klar geregelter Mindestlohn, unmissverständliche Vorgaben über Ferien, Ruhezeiten und maximale wöchentliche Arbeitszeit, die Zulässigkeit eines Arbeitgeberwechsels, sowie die Verpflichtung, dass dieser den Lohn monatlich auf ein ausschliesslich auf den Namen der Bediensteten lautendes Bankkonto einzahlt, dass der Angestellten die Ausweispapiere nicht weggenommen werden dürfen und das Hauspersonal ausserhalb der Arbeitszeit den Arbeitsplatz jederzeit frei verlassen darf. Die Ratifikation der ILO-Hausangestelltenkonvention dürfte den Anforderungen an wirksame präventive Vorschriften gegen die Ausbeutung kaum je genügen und den entsprechenden Staat nicht vom Erlass eigener Vorschriften entbinden, jedenfalls wenn er die Konvention nicht äusserst konsequent und mittels griffiger Massnahmen umgesetzt und er zudem die Hausangestellten von Diplomaten und weiterem Missionspersonal nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen hat.
- (4) *Menschenrechtskonforme Auslegung*: Die Gerichte des Gaststaats haben die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität (Gewohnheitsrecht und Art. 11 Abs. 2 UNCSI) sowie das diplomatische Recht und das Staatenimmunitätsrecht unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten eng auszulegen. Letzteres soll die Beweisschwierigkeiten minimieren, mit denen sich das Hauspersonal aufgrund des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität konfrontiert sieht.
- (5) *Entschädigung bei schweren Menschenrechtsverletzungen (insb. Ius Cogens-Verletzungen)*: (Ausschliesslich) bei schweren Verletzungen fundamentaler Menschenrechte – insbesondere massiven Eingriffen in die physische Integrität sowie Verletzungen zwingender Garantien wie dem Folterverbot oder dem Sklavereiverbot – hat der Gaststaat die Hausangestellten angemessen zu entschädigen (Pauschalentschädigung), soweit sie in einem allfällig durchgeführten Schlichtungsverfahren vom Entsendestaat oder vom verantwortlichen Diplomaten keine entsprechende Entschädigung erhalten haben. Diese Ausgleichsmassnahme erfordert ein Gremium, das die

Vorwürfe der Hausangestellten auf ihre Plausibilität hin überprüft⁷⁰¹. Das ist – da kein Gerichtsverfahren möglich ist – schwierig, stellt aber kein unüberwindbares Hindernis dar, weil es sich nur um besonders gravierende und seltene Ausbeutungsfälle handelt. Auf der Grundlage der schriftlichen Ausführungen des Gremiums zur Glaubwürdigkeit der geltend gemachten Vorfälle und Höhe einer allfälligen Pauschalentschädigung, haben sodann nationale Gerichte und internationale Menschenrechtsgerichte zu beurteilen, ob der Entscheid nachvollziehbar und in der Sache angemessen erscheint.

- (6) Eventuell sind situationsbezogen noch *weitere alternative Massnahmen* namentlich diplomatische und politische Demarchen vom Gastland einzufordern (z.B. ein Verbot für einen Diplomaten weitere Hausangestellte zu beschäftigen, oder bei wiederholten Problemen mit einem bestimmten Staat, dass der Gaststaat das Gespräch mit diesem sucht).

Bei Eingriffen in zwingende Garantien sollten die Gerichte längerfristig noch einen Schritt weitergehen und auf eine Ausnahme von der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* (ehemaliger Diplomaten) erkennen (punktuellem Vorrang der Menschenrechte als Ausgleichsansatz).

3. Notwendige Kombination verschiedener Ausgleichsmassnahmen

Eine wirksame Kompensation der durch die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität bedingten Lücken im Rechtsschutz ausgebeuteter Hausangestellter ausländischer Vertretungen und Diplomatinen ist nur mit einer kombinierten Anwendung verschiedener Ausgleichsmassnahmen erreichbar. Dabei stehen alternative – mit den Immunitäten kompatible – Massnahmen im Vordergrund, am Rande spielen auch die menschenrechtskonforme Auslegung der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts als Ausgleichsmassnahme eine gewisse Rolle. Für den Gaststaat, der die Staatenimmunität und das diplomatische Recht (nicht über das völkerrechtlich verlangte Mass hinaus) einhält, hat das zur Folge, dass er einer Verurteilung wegen der Verletzung der Menschenrechte gegenüber den Hausangestellten und insbesondere dem Recht auf Zugang zu einem Gericht und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde grundsätzlich nur entgeht, wenn er die oben angeführten Massnahmen kumulativ ergreift. Das heisst in der Regel die Massnahmen eins bis vier (und evtl. sechs) sowie bei schweren Eingriffen in fundamentale Menschenrechtsgarantien (insb.

⁷⁰¹ Für diese Aufgabe eignen sich – soweit im betroffenen Gaststaat vorhanden – namentlich die für die Leistung von Opferhilfeentschädigungen zuständigen nationalen Stellen oder gegebenenfalls auch eine Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten.

schwere Beeinträchtigungen der physischen Integrität) und bei Verstößen gegen zwingende Menschenrechte die Massnahmen eins bis fünf (und evtl. sechs).

Dagegen sollte die Vornahme einzelner Massnahmen den Gaststaat gewöhnlich nicht vor einer Verurteilung wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht und weiteren Menschenrechtsgarantien bewahren. Namentlich reicht etwa der Erlass einer präventiven Gesetzgebung für sich allein nicht als Ausgleichsmassnahme für den eingeschränkten beziehungsweise fehlenden Rechtsschutz im Gastland aus, da sie – wenn es dennoch zu einer menschenrechtsrelevanten Ausbeutung kommt – den Rechtsschutz der Betroffenen nicht verbessert. Als ungenügende Ausgleichsmassnahme ist prinzipiell auch die alleinige Schaffung eines Schlichtungsmechanismus zu werten. Eine allfällige Entschädigung des Hauspersonals hängt von der Kooperationsbereitschaft des Entsendelands oder der betroffenen Diplomatin ab und vermag deshalb die Einschränkung oder den Verlust des üblichen Rechtsschutzes nicht annähernd zu kompensieren, dies gilt erst Recht in Bezug auf den Strafrechtsschutz, weshalb die zusätzliche Ausbeutungsprävention (Gesetzgebung gegen Ausbeutung) sowie der Versuch einen Immunitätsverzicht zu erreichen, auch bei der Schaffung einer Schlichtungsstelle unabdingbar bleiben. Für sich zu genügen vermag einzig ein vollständiger Verzicht des Entsendelands auf seine Immunität oder die diplomatische Immunität, da dadurch das Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz grundsätzlich entfällt. Diesfalls hat der Entsendestaat keine weiteren Ausgleichsmassnahmen zu treffen. Ein Überschneidung gibt es schliesslich zwischen der Entschädigung durch den Gaststaat und der Schlichtungsstelle: Erlangen Hausbedienstete im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens eine angemessene Entschädigung, bedarf es keiner weiteren Entschädigung durch den Gaststaat.

Sollten inskünftig internationale Ausgleichsmassnahmen geschaffen werden wie zum Beispiel ein internationaler Entschädigungsfonds könnten die Gaststaaten – nur, aber immerhin – auf die entsprechende nationale Ausgleichsmassnahmen verzichten, ohne dadurch ihre positiven Menschenrechtspflichten gegenüber dem Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten zu missachten⁷⁰².

⁷⁰² Die Ratifikation der ILO-Hausangestelltenkonvention vermag einen Gaststaat in der Regel nicht von der Pflicht zu entbinden, eigene präventive Vorschriften gegen die Ausbeutung von Hausbediensteten ausländischer Diplomaten zu erlassen (dazu S. 255 und 298).

4. Zusammenfassendes allgemeines Fazit

Wegen dem diplomatischen Recht und der Staatenimmunität kann der Gaststaat gegenüber Hausbediensteten von ausländischen Missionen und Diplomaten den ihm bei einer Ausbeutung gewöhnlich obliegenden positiven Menschenrechtsverpflichtungen nicht nachkommen. Ein Ausgleich zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten ist aber lediglich erforderlich, wenn das Hauspersonal im Entsendestaat über keinen zumutbaren alternativen Rechtsschutz gegen die Diplomaten und/oder den Entsendestaat verfügt. Nur dann droht die Wirkungslosigkeit ihres Menschenrechtsschutzes, weshalb – anders als nach der geltenden Praxis – diesfalls aus den Menschenrechten eine Pflicht des Gastlands abzuleiten ist, Ausgleichsmassnahmen zum Schutz des Hauspersonals zu treffen. Die Erhältlichkeit alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten spielt demnach eine herausragende Rolle.

Die immunitätsbedingten Lücken im Rechtsschutz ausgebeuteter Hausangestellter lassen sich nur mit einer Kombination von Ausgleichsmassnahmen wirksam kompensieren. Als konkrete und sofort umzusetzende Leitlinie gilt, dass der Gaststaat beim Fehlen eines alternativen Rechtsschutzes kumulativ Folgendes vorzukehren hat: (1) Ersuchen des Entsendelands um einen Immunitätsverzicht, (2) Schaffung einer Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen Hauspersonal sowie Diplomatinen und dem Entsendestaat, (3) Erlass von Vorschriften gegen die Ausbeutung privater Hausbediensteter und (4) enge Interpretation der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität sowie des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität in beweisrechtlicher Hinsicht. (5) Bei schweren Eingriffen in fundamentale Menschenrechte (insb. die physische Integrität) und in zwingende Menschenrechte hat der Gaststaat das Hauspersonal zu entschädigen. (6) Situationsbezogen sind eventuell weitere Massnahmen zu treffen. Ergreift das Gastland diese Massnahmen nicht (kumulativ), liegt kein verhältnismässiger Eingriff in die Menschenrechte des Hauspersonals ausländischer Missionen und Diplomaten und namentlich das Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde vor, sodass es dafür durch die zuständigen Rechtsprechungsorgane (insb. EGMR, nationale Gerichte) zu verurteilen ist.

Längerfristig ist darüber hinaus als Ausgleichsmassnahme ein punktueller Vorrang der Menschenrechte in der Form einer Immunitätsausnahme bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* anzustreben.

5. Beurteilung des Verhaltens des Gaststaats Schweiz

Misst man das Verhalten der Schweiz am präsentierten Lösungsvorschlag, zeigt sich, dass sie verschiedene Ausgleichsmassnahmen bereits erfüllt. Positiv hervorzuheben ist das Bestehen einer alternativen Streitschlichtungsstelle (Bureau de l'Amiable Compositeur), eine insgesamt griffige Gesetzgebung gegen die Ausbeutung von Hausangestellten ausländischer Diplomatinen (PHV) sowie die Möglichkeit schwer ausgebeuteter dienstlicher und privater Hausangestellter über die Opferhilfe eine Entschädigung zu erhalten.

Dennoch hat nach dem vorgenannten Lösungsvorschlag auch die Schweiz noch gewisse Anstrengungen zu unternehmen, wenn sie – infolge der Einhaltung des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts – einer Verurteilung wegen Menschenrechtsverletzungen gegenüber Hausangestellten ausländischer Missionen und Diplomaten nach dem hier formulierten Standard entgehen will: Dazu gehört vor allem, dass sie konsequent beim Entsendestaat einen Immunitätsverzicht beantragt. Zudem besteht ein punktueller Nachbesserungsbedarf bei der präventiven Gesetzgebung zugunsten privater Hausangestellter. Namentlich sollte sie eine Vorschrift erlassen, wonach das in der Residenz der Missionschefs tätige Hauspersonal vom Staat (privatrechtlich) zu beschäftigen ist, bei den dienstlichen Hausangestellten, die vom Entsendestaat privatrechtlich beschäftigt werden, steht die konsequente Unterstellung dieser Angestellten unter das Schweizer Arbeitsrecht (Ausschluss der Rechtswahl) im Vordergrund. Ferner sollte die Justiz Spielräume zu Engauslegung insbesondere der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der Staatenimmunität und des diplomatischen Rechts unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten ausreizen beziehungsweise die Rechtslage weiterentwickeln. Obschon das Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten bei Straftaten im Geltungsbereich des Opferhilfegesetzes Opferhilfe beantragen kann, wird diese Möglichkeit praktisch nur selten genutzt. Das Departement für auswärtige Angelegenheiten sollte Hausangestellte daher konsequent über diese Option informieren.

Schlussbetrachtung

Ausbeutung des Hauspersonals von ausländischen Missionen und Diplomaten: Im Spannungsfeld von Immunitäten und Menschenrechten

Bei der Ausbeutung der Hausangestellten von ausländischen Missionen (dienstliches Hauspersonal) und Diplomatinen (privates Hauspersonal) im Gaststaat manifestiert sich das Spannungsverhältnis zwischen den völkerrechtlichen Immunitäten und den Menschenrechten: Die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität bewirken einschneidende Lücken im Rechtsschutz des Hauspersonals. So verhindert die diplomatische Immunität, dass privates und dienstliches Hauspersonal fehlbare Diplomaten im Gastland zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung ziehen kann. Dienstliche Hausangestellte verfügen zwar über die Möglichkeit, den Entsendestaat – ihren Arbeitgeber – zivilrechtlich zu verklagen, soweit ihm das ausbeuterische Verhalten der Diplomaten zurechenbar ist oder er ihnen gegenüber Schutzpflichten vernachlässigt hat. In solchen gegen den Staat gerichteten Verfahren schränkt jedoch die Staatenimmunität den Rechtsschutz ein: Dienstliches Hauspersonal kann meist ein Urteil erwirken, weil dem Entsendestaat in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten keine oder nur ausnahmsweise Gerichtsbarkeitsimmunität zusteht, allerdings hat es wegen der Vollstreckungsimmunität keine realistische Chance auf die Durchsetzung seiner Ansprüche im Gastland. Im Ergebnis entziehen das diplomatische Recht und die Staatenimmunität dem privaten Hauspersonal von Diplomatinen im Gaststaat den Rechtsschutz und schränken denjenigen des dienstlichen Hauspersonals empfindlich ein. Das bedeutet zugleich, dass der Gaststaat gegenüber Hausangestellten ausländischer Vertretungen und Diplomaten, seinen positiven Menschenrechtsverpflichtungen, die ihm grundsätzlich gegenüber sämtlichen auf seinem Territorium anwesenden Personen obliegen, nicht nachkommen kann. Betroffen ist etwa die Pflicht, in zivilrechtlichen Streitigkeiten und bei strafrechtlichen Anklagen den Zugang zu einem Gericht und bei Menschenrechtsverstößen eine wirksame Beschwerde zu gewähren oder beim Recht auf Leben, beim Recht auf Privatleben (körperliche Unversehrtheit), beim Folterverbot oder dem Sklavereiverbot zum Schutz bedrohter Personen polizeilich zu intervenieren und die Täter strafrechtlich zu verfolgen. Die Spannung zwischen den Immunitäten und den Menschenrechten akzentuiert sich und wird menschenrechtlich primär zum

Problem, wenn Hausbediensteten auch im Entsendeland kein effektiver alternativer Rechtsschutz offensteht, um ihre Ansprüche gegen Diplomatinen und den Entsendestaat durchzusetzen, namentlich weil ihnen der dortige Rechtsschutz mangels Rechtsstaatlichkeit oder aus praktischen Überlegungen (mangelnder Bezug zum Entsendestaat, Sprachprobleme, Distanz etc.) nicht zuzumuten ist. Fehlender Rechtsschutz im Gastland bedeutet in dieser Situation Wirkungslosigkeit des Menschenrechtsschutzes. Der Immunitätsverzicht des Entsendestaats als naheliegendstes Mittel, um die Spannung zwischen der Staatenimmunität, der diplomatischen Immunität und dem Menschenrechtsschutz zu beseitigen, spielt praktisch bedauerlicherweise kaum eine Rolle.

Unbefriedigende aktuelle Rechtslage

Die massgeblichen Völkerrechtsverträge (UNCSI, WÜD, Menschenrechtsabkommen) enthalten keine klaren Vorgaben, wie mit dem (materiellen) Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz umzugehen ist. Der Internationale Gerichtshof verneint unter Hinweis auf den prozeduralen Charakter der Immunitäten einen Konflikt mit den Menschenrechten. Internationale Menschenrechtsorgane wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der UNO-Menschenrechtsausschuss legen die Menschenrechte immunitätskonform aus und erachten immunitätsbedingte Eingriffe automatisch als gerechtfertigt. Damit läuft die gegenwärtige Praxis im Ergebnis auf einen faktischen Vorrang der Staatenimmunität und der diplomatischen Immunität (ältere Normkomplexe) gegenüber dem Menschenrechtsschutz (jüngerer Normkomplex) hinaus. Das überzeugt nicht, weil das (materielle) Spannungsverhältnis zwischen den Immunitäten und dem Menschenrechtsschutz negiert und in Kauf genommen wird, dass die Menschenrechte – von der Staatengemeinschaft als fundamental anerkannte Interessen – in bestimmten Situationen wirkungslos bleiben.

Ausgleich zwischen Immunitäten und Menschenrechten als Lösung – die verschiedenen Ausgleichsansätze

Da die Staatenimmunität und das diplomatische Recht grundlegende (öffentliche) Interessen der Staatengemeinschaft wie insbesondere der Beförderung der zwischenstaatlichen Beziehungen, der Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben und dem Schutz von Diplomatinen und Diplomaten dienen, kann

ein überzeugender Umgang mit dem Spannungsverhältnis weder in einem praktisch generellen Vorrang der Immunitäten (wie faktisch bis anhin) noch umgekehrt der Menschenrechte liegen. Die fundamentale Bedeutung beider Normkomplexe erfordert vielmehr einen differenzierten Ausgleich, der namentlich die konkret in Frage stehende Immunität (staatliche Gerichtsbarkeits- oder Vollstreckungsimmunität, diplomatische Immunität *ratione personae* und *materiae*), die betroffenen Menschenrechte (*ius cogens*, notstandsfeste Garantien) und die Schwere des Eingriffs berücksichtigt. Dabei bedarf es neben den klassischen völkerrechtlichen Konfliktlösungsmechanismen (Vorrang, koordinierende Auslegung) weiterer Ausgleichsansätze, um den in Frage stehenden Interessen der beiden Normbereiche angemessen Rechnung zu tragen.

Insgesamt bieten sich im Wesentlichen drei Ausgleichsansätze an: Erstens das *Ergreifen alternativer, das heisst mit den Immunitäten und weiteren Völkerrechtsnormen kompatibler, Massnahmen* durch den Gerichtsstaat, welche die durch die Immunitäten bedingten Rechtsschutzlücken möglichst ausgleichen, zweitens die *menschenrechtskonforme (d.h. in der Regel) enge Auslegung der völkerrechtlichen Immunitäten* als Form der koordinierenden Völkerrechtsauslegung und drittens ein *punktueLLer Vorrang der Menschenrechte* vorab in der Form einer Immunitätsausnahme bei besonders gravierenden Menschenrechtsverletzungen (Völkerrechtsverbrechen, Verstösse gegen *ius cogens*), wie er bisher (einzig) bei der *Strafverfolgung* für Völkerrechtsverbrechen und Verstösse gegen zwingende Menschenrechte anerkannt ist.

Immunitätsbedingte Rechtsschutzlücken lassen sich am wirksamsten mit einer Kombination der drei Ausgleichsansätze (z.B. alternative Massnahmen und menschenrechtskonforme Auslegung) und/oder einzelner Ausgleichsmassnahmen (z.B. mehrere alternative Massnahmen des Gaststaats wie die präventive Gesetzgebung zur Verhinderung von Ausbeutung, die Schaffung einer Schlichtungsstelle und die Entschädigung der Hausangestellten bei einer schweren Ausbeutung) beheben. Welche Ausgleichsansätze und -massnahmen inhaltlich in einer bestimmten Situation anzuwenden sind, ist mittels einer Abwägung der auf Seiten der Immunitäten und der Menschenrechte je auf dem Spiel stehenden Interessen zu eruieren. Wie schnell sich der inhaltlich erforderliche Ausgleich erzielen lässt, hängt aber auch von der Umsetzbarkeit der verschiedenen Ausgleichsansätze ab: Am einfachsten realisierbar ist eine Verpflichtung des Gastlands, *alternative Massnahmen* zu ergreifen, weil diese nicht mit anderen Normen des Völkerrechts (insb. Staatenimmunität und diplomatisches Recht) kollidieren. Erforderlich ist folglich nur – aber immerhin – eine Weiterentwicklung der Menschenrechtspraxis zur Frage, unter welchen Umständen die Immunitäten Menschenrechtseingriffe zu rechtfertigen vermögen. Welche alternativen Massnahmen die Gerichte (insb. EGMR) im Einzelnen vom Gaststaat verlangen

sollen, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab, wie der Art der betroffenen Menschenrechte (*ius cogens*, notstandsfeste Garantien), der Schwere des Eingriffs, ihrem Potential, die Situation ausgebeuteter Hausangestellter wirksam zu verbessern und allfälligen nachteiligen Auswirkungen auf die diplomatischen Beziehungen des Gastlands. Eine *Immunitätsausnahme* für Verstösse gegen zwingende Menschenrechte stellt eine gewichtige Rechtsänderung mit erheblichen Auswirkungen auf das Immunitätsrecht dar und wäre entweder vom völkerrechtlichen Gesetzgeber zu erlassen (z.B. Zusatzprotokoll zum UNCSI) oder müsste sich in einem längeren Prozess in der Gerichts- und Staatenpraxis durchsetzen. Die *menschenrechtskonforme Auslegung* der Immunitäten bewegt sich im Grenzbereich zwischen einer präzisierenden Auslegung und einer (beschränkten) Weiterentwicklung des Immunitätsrechts und könnte je nachdem durch die Gerichte relativ problemlos und unverzüglich eingeleitet werden (Präzisierung) oder müsste aus einem längeren Prozess hervorgehen (Weiterentwicklung).

Anwendung der Ausgleichsansätze auf die Ausbeutung von Hauspersonal

Aus den Menschenrechten erwachsen den Gaststaaten positive Handlungspflichten. Das diplomatische Recht und die Staatenimmunität hindern sie jedoch daran, gegenüber ausgebeutetem Hauspersonal von ausländischen Vertretungen und Diplomaten – ohne Einwilligung des Entsendestaats – die an sich geforderten Zwangsmassnahmen (z.B. die Verhaftung der Täter, Gerichtsverfahren) durchzuführen. Mit diesen menschenrechtlich primär geforderten Zwangsmassnahmen sind die Handlungsoptionen des Gastlands zum Schutz von (potentiellen) Ausbeutungsopfern aber nicht erschöpft. Daher ist aus den positiven Menschenrechtsverpflichtungen eine *Pflicht des Gaststaats* abzuleiten, unter bestimmten Umständen *alternative Massnahmen*, das heisst mit den Immunitäten kompatible Massnahmen zu ergreifen. Unterlässt er das, begeht er gegenüber ausgebeutetem Hauspersonal ausländischer Missionen und Diplomaten selber eine Menschenrechtsverletzung (insb. des Rechts auf Zugang zu einem Gericht und auf eine wirksame Beschwerde). Als solche alternativen Massnahmen kommen alle immunitätsrechtskonformen Vorgehen in Frage, welche zur Kompensation der immunitätsbedingten Rechtsschutzlücken der Hausangestellten beitragen oder eine Ausbeutung verhindern, sodass sich insofern die Spannung zwischen der Staatenimmunität und dem diplomatischen Recht sowie den Menschenrechten im Einzelfall nicht realisiert. Da die Ausbeutung auf seinem

Territorium stattfindet, verfügt der Gaststaat – anders als ein Gerichtsstaat bei Menschenrechtsverletzungen im Ausland – über eine besonders breite Palette möglicher Alternativmassnahmen. Als präventive Massnahme steht der Erlass von Vorschriften zum Schutz der Hausangestellten vor Ausbeutung (insb. Regelung der Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen) im Vordergrund. Reaktive Massnahmen umfassen das Ersuchen um einen Immunitätsverzicht beim Entsendeland, das Erklären der fehlbaren Diplomatin zur *persona non grata*, anderweitige politische und diplomatische Demarchen (Verhandlungen über eine Entschädigung im Einzelfall, Verbot für einen Diplomaten, weiter Hausangestellte zu beschäftigen), die Schaffung einer freiwilligen Schlichtungsstelle oder die Entschädigung durch den Gaststaat. Gewisse alternative Massnahmen könnten auch auf internationaler Ebene umgesetzt werden wie namentlich die Entschädigung schwer ausgebeuteter Hausangestellter.

Die koordinierende Völkerrechtsauslegung wurde im Verhältnis der Immunitäten zu den Menschenrechten bis jetzt nur einseitig als immunitätsrechtskonforme Interpretation der Menschenrechte praktiziert, obschon die *menschenrechtskonforme – das meint meist enge – Auslegung der Immunitäten und des diplomatischen Rechts* einen wichtigen Beitrag zu einem ernsthaften Ausgleich zwischen den beiden Normkomplexen leisten kann. Bei der Ausbeutung von Hausangestellten ist insbesondere eine enge Auslegung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität, des diplomatischen Rechts und des Staatenimmunitätsrechts unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten (insb. Anforderungen an die Mitwirkung des Entsendestaats im Beweisverfahren und beweisrechtliche Würdigung der Nichtmitwirkung) sowie des Prinzips der staatlichen Organisationshoheit (Vorschrift, dass der Entsendestaat das in der Residenz des Missionschefs tätige Hauspersonal anzustellen hat) anzustreben.

Ein (*punktuel*ler) *Vorrang der Menschenrechte* in Form einer Immunitätsausnahme könnte bei einer krassen Ausbeutung von Hauspersonal, die gegen *ius cogens* verstösst (z.B. Folter, Sklaverei) eine gewisse, wenn auch eher marginale Rolle spielen. Wünschbar ist *de lege ferenda* eine Immunitätsausnahme bei Verstössen gegen zwingende Menschenrechtsgarantien bei der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität für amtliche Handlungen nach Beendigung des Diensts im Gaststaat (Immunität *ratione materiae*). Aufgrund der Schwere der Menschenrechtsverstösse und der geringen nachteiligen Auswirkungen auf die zwischenstaatlichen Beziehungen und die Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben überwiegt hier das Interesse der Opfer am Menschenrechtsschutz das Interesse an der Immunität. Eine Immunitätsausnahme bezüglich der Vollstreckungsimmunität und der diplomatischen Immunität während der Dienstzeit im Gaststaat (Immunität *ratione personae*) wäre dagegen mit erheblichen Risiken für die zwischenstaatlichen Beziehungen

und die ungestörte Wahrnehmung der diplomatischen Aufgaben verbunden, weshalb selbst bei schwersten Menschenrechtsverletzungen das Interesse an der Immunität vorgeht. Konkret würde nach dem Gesagten bei zwingenden Menschenrechtsverletzungen die staatliche Gerichtsbarkeitsimmunität entfallen wohingegen die Vollstreckungsimmunität nach wie vor uneingeschränkt gelten würde. Eine Diplomatin könnte weiterhin während ihrer Dienstzeit im Gaststaat auch für schwerste Menschenrechtsverletzungen nicht belangt werde, wohl aber nach Dienstende – anders als bisher – selbst soweit Diensthandlungen in Frage stehen.

Konkret geforderte Ausgleichsmassnahmen des Gaststaats

Unter welchen Voraussetzungen sollen der Europäische Menschenrechtsgerichtshof und andere Gerichte den Gaststaat verpflichten, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, damit er seine positiven Menschenrechtsverpflichtungen erfüllt, obschon er gleichzeitig die Staatenimmunität und das diplomatische Recht einhält? Und vor allem welche Ausgleichsmassnahmen sind zu fordern?

Abgesehen davon, dass längerfristig bei Verletzungen gegen zwingende Menschenrechte die Nichtgeltung der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und der diplomatischen Immunität *ratione materiae* anzustreben ist, ist der Ausgleich vorerst wie folgt vorzunehmen: Entscheidendes Kriterium in Hinblick auf die Annahme einer Verpflichtung des Gastlands, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, ist die Erhältlichkeit eines alternativen Rechtsschutzes. Denn nur wenn zumutbare alternative Rechtsschutzmöglichkeiten im Entsendestaat fehlen – sei es, dass entsprechende Rechtsbehelfe nicht verfügbar sind, die Justiz rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht genügt oder der Rechtsschutz den Hausangestellten etwa mangels Bezug zum Entsendeland nicht zumutbar ist – droht der Rechtsschutz ausgebeuteter Hausangestellter nicht nur im Gaststaat, sondern insgesamt leerzulaufen. Deshalb ist – in Abkehr von der bisherigen Praxis – in dieser Situation eine Pflicht des Gastlands anzuerkennen, Ausgleichsmassnahmen zu treffen. Im Einzelnen ist nach der hier vertretenen Auffassung einzufordern, dass er mindestens folgende Massnahmen (grundsätzlich kumulativ) ergreift: (1) Ersuchen um einen Immunitätsverzicht beim Entsendestaat, (2) Erlass (wirksamer) präventiver Vorschriften gegen die Ausbeutung zumindest der besonders gefährdeten privaten Hausangestellten, (3) Schaffung einer Streitschlichtungsstelle, (4) enge Interpretation der staatlichen Gerichtsbarkeitsimmunität und des diplomatischen Rechts und der Staatenimmunität unter beweisrechtlichen Ge-

sichtspunkten. (5) Bei schweren Eingriffen in fundamentale Menschenrechte (insb. Eingriffe in zwingende Menschenrechte wie das Folter- und das Sklaverieverbot sowie bei schweren Eingriffen in die physische Integrität) hat der Gaststaat das betroffene Hauspersonal zu entschädigen. (6) Situativ sind allenfalls weitere Ausgleichsmassnahmen zu fordern. Hat das Gastland diese Massnahmen ergriffen, begeht es gegenüber ausgebeuteten Hausangestellten keine Menschenrechtsverletzung (insb. Recht auf Zugang zu einem Gericht und auf wirksame Beschwerde), selbst wenn sie ihre Rechtsansprüche gegen die Diplomaten und den Entsendestaat nicht durchsetzen können.

Stichwortverzeichnis

- administratives Personal** S. 19, 41, 78 f., 105 f., 115 f., 118 ff., 121 f., 123 ff., 137 f., 184 ff.
- alternative Massnahmen** s. Gaststaat, alternative Massnahmen
- alternativer Rechtsschutz** s. Rechtsschutz des Hauspersonals, alternativer
- Amtshandlung** s. Diensthandlung sowie staatliches Handeln
- Amtsträgerimmunität** s. Staatenimmunität, Amtsträgerimmunität
- anwendbares Recht** S. 20 ff.
- Menschenrechte S. 20 ff., 146 ff.
 - nationale Vorschriften S. 21 ff.
 - Kollisionsrecht S. 23 ff., 85 f.
 - Rechtswahl s. dort
- Arbeitgeber**
- administratives und technisches Personal S. 10, 117
 - Diplomatin S. 10, 99, 117
 - Entsendestaat S. 9, 41, 99
 - Pflichten gegenüber dem Hauspersonal S. 20 ff., 163 ff.
- arbeitsrechtliche Streitigkeit** S. 21 ff., 57, 71 ff.
- Arbeitsvertrag** s. arbeitsrechtliche Streitigkeit sowie Hausangestellte, Arbeitsvertrag
- Aufenthalt im Gaststaat**
- gewöhnlicher S. 58, 64
 - ständiger S. 82 ff., 104 Fn. 275, 106
- Ausbeutung** S. 13 ff.
- Begriff S. 13
 - (als) dienstliche/private Handlung S. 116 ff.
 - dienstlicher Hausangestellter S. 15, 118 ff.
 - Formen S. 15 ff.
 - Prävention S. 127 ff., 244 ff.
 - privater Hausangestellter S. 13 ff., 117
 - Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats s. Gaststaat, Reaktionsmöglichkeiten
 - Urheber S. 18 f., 116 ff.
 - Verantwortlichkeit des Entsendestaats S. 40 ff., 116 ff.
- Ausgleich zwischen Immunitäten und Menschenrechten** s. auch Auslegung, menschenrechtskonforme; Gaststaat, alternative Massnahmen sowie Vorrang der Menschenrechte
- Ausgleichsansätze und -massnahmen S. 225 ff., 260 ff., 276 ff., 288
 - Kombination S. 291 f.
 - Lösungsvorschlag S. 293 ff.
 - Notwendigkeit S. 217 ff.
 - Würdigung S. 288 ff.
- Auslegung**
- koordinierende S. 223
 - menschenrechtskonforme S. 260 ff., 289
 - beweisrechtliche Aspekte S. 265 ff.
 - diplomatische Immunität S. 262 ff.
 - Fazit S. 274 f.
 - Organisationshoheit des Entsendestaats S. 272 f.
 - Staatenimmunität S. 261 ff.
 - Vollstreckungsimmunität S. 262 f.
- beweisrechtliche Probleme**
- diplomatisches Recht S. 125 f.
 - menschenrechtskonforme Auslegung S. 265 ff.
 - missbräuchliche Kündigung S. 267 f.
 - Mitwirkungspflicht des Entsendestaats S. 269 ff.
 - Vollstreckung in Botschaftskonto S. 268 ff.

Binnenbeziehung s. gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität, Binnenbeziehung

Botschaft

- Organisation S. 18 f.
- Personalkategorien S. 9, **104 ff.**
- Unverletzlichkeit s. Unverletzlichkeit, Mission

Botschafter s. Diplomatin

Botschaftskonto S. 53, 69 f., 103
Fn. 274, 268 ff.

Bureau de l'Amiable Compositeur
S. 233 ff.

Diensthandlung S. 106 ff. s. auch staatliches Handeln

Diplomatin

- (als) Ausbeuterin S. 18 f.
- dienstliche Handlung S. 39 ff., **106 ff.**
- Familienangehörige S. 105, 122
- Immunität
 - im Dienst (*ratione personae*) S. 104 f., 121 ff., 136 f.
 - nach Dienstende (*ratione materiae*) S. 106 f., 124 f., 136 f.
- *persona non grata* S. 131, 134 f., 229 f.
- Staatsangehörige des Gaststaats S. 104 Fn. 277
- Unverletzlichkeit S. 104 f., 127
- Verantwortlichkeit im Entsendestaat S. 121
- Zeugenaussage S. 105, 125 f.

diplomatische Immunität S. 103 ff., **121 ff.**

- administratives und technisches Personal S. 105 ff.
 - im Dienst S. 105 f.
 - nach Dienstende S. 106 f.
- Auswirkungen auf den Rechtsschutz S. **121 ff.** s. auch Rechtsschutz des Hauspersonals, diplomatisches Recht
- Diensthandlung s. dort

- Diplomaten S. 104 ff.
 - im Dienst (*ratione personae*) S. 104 f., 121 ff., 136
 - nach Dienstende (*ratione materiae*) S. 106 f., 124 f., 136 f.
 - Staatsangehörige des Gaststaats S. 104 Fn. 277
 - Verantwortlichkeit im Entsendestaat S. 101, 121
- Familienangehörige
 - administratives und technisches Personal S. 105 ff.
 - Diplomaten S. 105
- Kanzleichefin S. 122, 124 f.
- *ratione materiae* S. 124 f., 282 ff.
- *ratione personae* S. 104 f., 122, 281 f.
- Rechtsschutzlosigkeit des Hauspersonals S. 140
- Vollstreckungsimmunität S. 125 f.
- Vorrang der Menschenrechte S. 281 ff.
- Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen s. dort
- Zeugenaussage S. 105, 106, 125 f.

diplomatisches Recht

- *ne impediatur legatio* S. 100, 245, 266, 267
- (als) *Self-contained*-Regime S. 133 f.
- Unverletzlichkeit s. dort
- Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) s. dort

EC SI s. Europäisches Staatenimmunitätsabkommen

EGMR, Praxis S. 180 ff.

- diplomatische Immunität S. 191 f.
- *ius cogens* S. 189 ff.
- Lehrmeinungen zur Praxis S. 198 ff.
- Recht auf Zugang zu einem Gericht S. 150 ff., **180 ff.**
- Staatenimmunität S. 180 ff.
- Würdigung S. 205 ff.

Entschädigung des Hauspersonals

s. Gaststaat, alternative Massnahmen, Entschädigung und Opferhilfe

Entsendestaat

- Immunitätsverzicht S. 36 f., 101 f., 140, 145, 228 f.
- Menschenrechtspflichten gegenüber dem Hauspersonal S. 163 ff.
- Rechtsschutz (alternativer) im Entsendestaat S. 121, 145, 294 ff.
- Sicherheitsinteressen S. 47, 81 f., 222, 270

Erga-omnes-Garantien S. 279

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte s. EGMR

Europäisches Staatenimmunitätsabkommen (ECSI) S. 55 ff.

- Art. 5 Arbeitsvertrag S. 57 ff.
- Art. 11 Personen- und Sachschäden S. 61
- Auswirkungen auf das Hauspersonal S. 63 f., 94 ff., 141 ff.
- Fakultativregime S. 61 ff.
- gebietsbezogene Deliktsausnahme S. 61
- generelles Regime S. 57 ff.
- Strafverfahren S. 64 f.
- Verhältnis zum
 - diplomatischen Recht S. 58 ff.
 - UNO-Staatenimmunitätsabkommen S. 68
- Verwirkung s. dort
- Vollstreckungsimmunität S. 55, 62 f.

Festnahme von Diplomaten S. 127 s. auch Unverletzlichkeit, Diplomaten

Folterverbot S. 147, 188 ff., 264, 276

Gaststaat

- alternative Massnahmen S. 225 ff., 288 f.
 - Bureau de l'Amiable Compositeur s. dort
 - Entschädigung des Hauspersonals S. 235 ff.
 - Fazit S. 256 ff.
 - Immunitätsverzicht (Ersuchen um) S. 228 f.
 - Opferhilfe S. 240 ff.
 - *persona non grata* (Erklärung zur) S. 229 f.

- politische und diplomatische Demarchen S. 230 ff.
- präventive (alternative) Massnahmen S. 226, 244 ff.
- reaktive (alternative) Massnahmen S. 227 ff.
- Schlichtungsstelle S. 232 ff.
- Verordnung über die privaten Hausangestellten s. dort
- Vorschriften zur Verbesserung des Rechtsschutzes des Hauspersonals S. 243 f.
- Jurisdiktion S. 158 ff.
- Menschenrechtspflichten gegenüber dem Hauspersonal S. 158 ff.
- Reaktionsmöglichkeiten gemäss WÜD auf die Ausbeutung von Hauspersonal S. 131 ff., 139
- Schutzpflichten S. 159 ff.

Gelegenheitshandlung S. 133

Gerichte

- Rolle bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts S. 213 ff.

Gerichtsstandsvereinbarung

- allgemein S. 23 ff.
- Europäisches Staatenimmunitätsabkommen S. 57 f., 85 f., 96
- UNO-Staatenimmunitätsabkommen S. 85 f., 96

gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität S. 43 ff.

- *acta iure gestionis* S. 45 ff.
- *acta iure imperii* S. 45 ff.
- arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit Missionspersonal S. 44 f.
- Auswirkungen auf das Hauspersonal S. 53 f.
- Binnenbeziehung S. 50 f.
- Gerichtsbarkeitsimmunität S. 43 ff.
- Immunitätsverzicht S. 36 f.
- Strafverfahren S. 51
- Verwirkung s. dort
- Vollstreckungsimmunität S. 52 ff.

Gleichstellungsgesetz S. 23, 49, 80

Hausangestellte

- Alter S. 247
- Arbeitgeberwechsel S. 247
- Arbeitsvertrag S. 22, 247, 253 f.
- Bewegungsfreiheit S. 17, 163
- dienstliche S. 9, 10 ff.
 - präventive Vorschriften gegen Ausbeutung S. 251 ff.
 - Zurechenbarkeit von ausbeuterischem Verhalten S. **40 ff.**, 118 ff., 163 ff.
- Drittstaatenangehörige S. 57 f., 64, 82
- ILO-Konvention s. dort
- in der Residenz des Missionschefs S. 12, 117, 165, 243 f., 272 f.
- Lohn S. 22, **248 f.**
- öffentlichrechtliche Anstellung S. 21 Fn. 30, 47 f.
- private S. 10 ff.
 - präventive Vorschriften gegen Ausbeutung S. 246 ff.
 - Zurechenbarkeit von ausbeuterischem Verhalten S. 40 f., 117, 164 f.
- Rechtsschutz s. dort
- Sozialversicherung S. 249, 254
- Sprachkenntnisse S. 247
- Staatsangehörige
 - Entsendestaat S. 47, 57 f., 64, 82 ff.
 - Gaststaat S. 9 Fn. 4, 10 Fn. 7, 246
- Tätigkeit S. 9 f., 13 ff.
- Verordnung über die privaten Hausangestellten (PHV) S. 12, **246 ff.**

ILO-Konvention über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte S. 10, 12, **254 f.**

Immunität s. diplomatische Immunität, gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität, Europäisches Staatenimmunitätsabkommen, Staatenimmunität sowie UNO-Staatenimmunitätsabkommen

Internationaler Gerichtshof (IGH), Praxis S. **169 ff.**

- Lehrmeinungen zur Praxis S. 196 ff.

- Urteil Italien gegen Deutschland (2012) S. 169 ff.
- Urteil Kongo gegen Belgien (2002) S. 176 ff.
- Würdigung der Praxis S. 205 ff.

IPRG s. anwendbares Recht, Kollisionsrecht

ius cogens

- Praxis
 - EGMR S. 188 ff.
 - IGH S. 171 ff., 178 f.
- Vorrang der Menschenrechte (als Ausgleichsansatz) S. **276 ff.**
 - diplomatische Immunität *ratione materiae* S. 284 ff.
 - diplomatische Immunität *ratione personae* S. 281 f.
 - Fazit S. 286 f.
 - Relevanz für das Hauspersonal S. 286
 - Staatenimmunität S. 277 ff.

Jurisdiktion

- Entsendestaat über das Hauspersonal S. 163 ff.
- Gaststaat über das Hauspersonal S. 158 ff.
- menschenrechtliche S. 154 ff.
- nach allgemeinem Völkerrecht S. 153 f.

Kanzleichef S. 18 f., 105, 107, 123, 124 f.

Kollisionsrecht s. anwendbares Recht, Kollisionsrecht

Konflikt s. Normkonflikt

Kündigung, missbräuchliche

- Beweisprobleme S. 267 f.
- Entschädigung S. 48 f., 80

Lugano-Übereinkommen (LugÜ) s. anwendbares Recht, Kollisionsrecht

Menschenrechte S. **145 ff.**

- *Erga-omnes*-Garantien s. dort
- (des) Hauspersonal(s) S. 146 f.
- *ius cogens* s. dort
- Jurisdiktion S. 153 ff.

- Pflichten von Gast- und Entsendestaat gegenüber dem Hauspersonal s. Gaststaat, Menschenrechtspflichten sowie Entsendestaat, Menschenrechtspflichten
- Praxis
 - EGMR s. dort
 - IGH s. Internationaler Gerichtshof
 - Menschenrechtsausschuss s. dort
- Recht auf eine wirksame Beschwerde s. dort
- Recht auf Zugang zu einem Gericht s. dort
- Schutzpflichten S. 148 f., 163 ff.
- Unterlassungspflichten S. 147 f., 163 ff.
- Verpflichtungsebenen S. 147 ff.

Menschenrechtsausschuss

- Lehrmeinungen zur Praxis S. 200 f.
- Praxis zu den Immunitäten S. 192 ff.
- Würdigung der Praxis S. 205 ff.

Missionschef s. Diplomatin

normative hierarchy theory S. 279 f.

Normkonflikt S. 208

- Konfliktvermeidungsmechanismen internationaler Gerichte im Spannungsverhältnis Immunitäten und Menschenrechte S. 208 ff.
- völkerrechtliche Konfliktlösungsmechanismen S. 210 f.

Obligationenrecht s. anwendbares Recht, nationale Vorschriften

Opferhilfe s. Gaststaat, alternative Massnahmen, Opferhilfe

Organimmunität s. Staatenimmunität, Amtsträgerimmunität

Organisationshoheit des Entsendestaats S. 272 f.

persona non grata S. 131, 134, 139, 229 f.

PHV s. Verordnung über die privaten Hausangestellten

polizeiliche Gefahrenabwehr S. 127 ff., 139

- gegen Diplomaten und andere geschützte Personen S. 127

- in der Mission und der Residenz von Diplomatinen S. 128 ff.

Prävention von Ausbeutung S. 226, 244 ff., 257

Recht auf eine wirksame Beschwerde

- Auswirkungen der Immunitäten
 - gemäss Praxis EGMR S. 150 ff.
 - gemäss Praxis Menschenrechtsausschuss S. 152, 193 ff.
- Gehalt S. 152
- Geltendmachung durch Hauspersonal S. 153

Recht auf Zugang zu einem Gericht

- Auswirkungen der Immunitäten
 - gemäss Praxis EGMR S. 180 ff.
 - gemäss Praxis Menschenrechtsausschuss S. 193 ff.
- Gehalt S. 150 ff.
- Geltendmachung durch Hauspersonal S. 153

Rechtsschutz des Hauspersonals

- alternativer S. 121, 172, 294 ff.
- diplomatisches Recht (Auswirkungen) S. 121 ff., 127 ff., 136 ff., 141 ff.
- Europäisches Staatenimmunitätsabkommen (Auswirkungen) S. 63 f., 94 ff., 142 f.
- gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität (Auswirkungen) S. 53 f., 94, 96 f., 142 f.
- im Entsendestaat S. 121, 145, 294 ff.
- Praxis IGH, EGMR, Menschenrechtsausschuss (Auswirkungen) S. 205 ff.
- UNO-Staatenimmunitätsabkommen (Auswirkungen) S. 90 ff., 94 ff., 142 f.
- WÜD s. Rechtsschutz des Hauspersonals, diplomatisches Recht

Rechtswahl

- allgemein S. 23 ff.
- Europäisches Staatenimmunitätsabkommen S. 85 f.
- UNO-Staatenimmunitätsabkommen S. 85 f.

- Repressalie** s. Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats
- Residenz des Missionschefs** s. Hausangestellte, in der Residenz des Missionschefs sowie polizeiliche Gefahrenabwehr, in der Mission und der Residenz
- Retorsion** s. Wiener Übereinkommen, Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats
- Schlichtungsstelle** s. Gaststaat, alternative Massnahmen, Schlichtungsstelle sowie Bureau de l'Amiable Compositeur
- Sklavereiverbot** S. 17, 130, 276
- Souveränität** s. Staatenimmunität, Souveränität
- Sozialversicherung** s. Hausangestellte, Sozialversicherung
- Spannungsverhältnis Immunitäten und Menschenrechte**
- Lösungsvorschlag S. 293 ff.
 - Problemstellung S. 145 f., 167, **205 ff.**, 217 ff.
- Staatenimmunität** S. 29 ff. s. auch gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität, Europäisches Staatenimmunitätsabkommen sowie UNO-Staatenimmunitätsabkommen
- *acta iure gestionis* S. 30
 - *acta iure imperii* S. 30
 - allgemeine Bemerkungen S. 29 ff.
 - Amtsträgerimmunität S. **31 Fn. 59**, 51 Fn. 134, 64, 188 ff., 283
 - Begründung S. 32 ff.
 - Botschaftskonto s. dort
 - *Erga-omnes*-Wirkung S. 282
 - Europäisches Staatenimmunitätsabkommen s. dort
 - Gerichtsbarkeitsimmunität S. 30
 - gewohnheitsrechtliche s. gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität
 - Organimmunität s. Amtsträgerimmunität
 - Rechtsgrundlage S. 34 f.
 - Souveränität S. 33, 222
 - staatliches Handeln S. 37 ff.
 - Strafverfahren S. 51
 - UNO-Staatenimmunitätsabkommen s. dort
 - Verzicht S. 36 f., 145
 - Vollstreckungsimmunität S. 30 f.
 - Vorrang der Menschenrechte S. 277 ff.
 - Zurechenbarkeit von Handlungen S. 37 ff.
 - Zweck S. 32 ff.
- Staatenverantwortlichkeit** S. **36, 38 ff.**, 101, 107 ff., 116 ff., **153 ff.**, **163 f.**, 172, 177, 206 f., 218
- staatliches Handeln** S. 37 ff. s. auch Diensthandlung
- Staatsangehörige des Entsendestaats und des Gaststaats** s. Hausangestellte, Staatsangehörige sowie Diplomatin, Staatsangehörige des Gaststaats
- Staatsoberhäupter, Immunität** S. 283 f. s. auch Internationaler Gerichtshof, Urteil Kongo gegen Belgien (2002)
- Strafverfahren**
- Staatenimmunität S. 51, 64 f., 67
 - gegen Diplomatinen, administratives und technisches Personal S. 121 f., 124 f., 136 ff., 141 ff.
- technisches Personal** S. 19, 41, 105 f., 115 f., 119 f., 123 ff., 137 f.
- Ultra-Vires-Handlung** S. 40, 114
- UNO-Staatenimmunitätsabkommen (UNCSI) S. 66 ff.**
- Art. 11 Arbeitsverträge S. 70 ff.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. a S. 77 ff.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. b S. 78 ff.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. c S. 80 f.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. d S. 81 f.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. e S. 82 ff.
 - Art. 11 Abs. 2 lit. f S. 85 f.

- Art. 12 Personen- und Sachschäden S. 86 ff.
- Auswirkungen auf Hauspersonal S. 90 ff.
- gebietsbezogene Deliktsausnahme S. 86 ff.
- Gerichtsstandsvereinbarung S. 85 f.
- Rechtswahl S. 85 f.
- *territorial tort exception* s. Art. 12 Personen und Sachschäden
- Überblick S. 66 ff.
- Verhältnis zum
 - diplomatischen Recht S. 75 f.
 - Europäischen Staatenimmunitätsabkommen S. 68
- Verwirkung s. dort
- Vollstreckungsimmunität S. 68 ff.

Unverletzlichkeit

- Diplomaten und weiteres Missionspersonal S. 104 ff., 127
- Mission S. 103, 128 ff., 266
- polizeiliche Gefahrenabwehr S. 127 ff., 139
- Residenz S. 129 ff.

Verordnung über die privaten Hausangestellten (PHV) S. 12, 246 ff.

Versicherung s. Hausangestellte, Sozialversicherung

Vertragsüberwachungsorgane S. 192 ff.
s. auch Menschenrechtsausschuss

Verwirkung der Immunität S. 279, 284, 286

Völkerrechtsverbrechen S. 169 ff., 191, 193 ff., 277 ff.

Vollstreckungsimmunität

- allgemein S. 30 f.
- diplomatische Immunität S. 104
- Europäisches Staatenimmunitätsabkommen S. 55, 62 f.
- gewohnheitsrechtliche Staatenimmunität S. 52 f.
- menschenrechtskonforme Auslegung (als Ausgleichsansatz) S. 262 f.

- UNO-Staatenimmunitätsabkommen S. 68 ff.

Vorrang der Menschenrechte S. 276 ff., 290

- Begründung S. 279 f.
- diplomatische Immunität S. 281 ff.
- Fazit S. 286 ff.
- *normative hierarchy theory* S. 279 f.
- Staatenimmunität S. 277 ff.

Wiedereinstellung S. 48 f., 80, 91, 95

Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) S. 99 ff., 103 ff., 127 ff.

- allgemein S. 99 ff.
- diplomatische Immunität und Unverletzlichkeit S. 104 ff., 127
- polizeiliche Gefahrenabwehr S. 127 ff.
- Reaktionsmöglichkeiten des Gaststaats bei Ausbeutung S. 131 ff.
- (als) *Self-contained-Regime* S. 133 f.
- Unverletzlichkeit der Mission S. 103, 128 ff.

Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (WÜK) S. 78, 105, 107 Fn. 286, 116 ff., 246

wirksame Beschwerde s. Recht auf eine wirksame Beschwerde

Zeugenaussage s. diplomatische Immunität, Zeugenaussage

zivilrechtliche Streitigkeit s. Recht auf Zugang zu einem Gericht, Gehalt und Auswirkungen der Immunitäten

Zivilverfahren gegen

- Diplomaten, administratives und technisches Personal S. 122 ff., 136 ff., 141 ff.
- Entsendestaaten S. 43 ff., 53 f., 57 ff., 70 ff.

Zugang zu einem Gericht s. Recht auf Zugang zu einem Gericht

